



**UNIVERSIDAD NACIONAL
"PEDRO RUIZ GALLO"**



**ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**

**EVALUACIÓN DE LA PRÁCTICA JUDICIAL DE LA CORTE
SUPERIOR DE LAMBAYEQUE EN LA CUANTIFICACIÓN DE LA
REPARACIÓN CIVIL A LA VÍCTIMA EN DELITOS CONTRA LA
LIBERTAD SEXUAL**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO
DE MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN
EN CIENCIAS PENALES**

AUTOR:

ANALY FÁTIMA VÁSQUEZ LLANOS

ASESOR:

M.Sc. MANUEL BERMÚDEZ TAPIA

LAMBAYEQUE - PERÚ

JUNIO DEL 2018

**EVALUACIÓN DE LA PRÁCTICA JUDICIAL DE LA CORTE
SUPERIOR DE LAMBAYEQUE EN LA CUANTIFICACIÓN DE LA
REPARACIÓN CIVIL A LA VÍCTIMA EN DELITOS CONTRA LA
LIBERTAD SEXUAL**

Tesis que presenta la señorita Bachiller en Derecho, Analy Fátima Vásquez Llanos, para optar el grado de Magister en Derecho con Mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque

Aprobada por:

Dr. VICTOR ANACLETO GUERRERO
PRESIDENTE DE JURADO

M.Sc. CARLOS CEVALLOS DE BARRENECHEA
SECRETARIO DE JURADO

M.Sc. FREDY HERNÁNDEZ RENGIFO
VOCAL DE JURADO

Presentada por:

TESISTA
Bach. ANALY FÁTIMA
VÁSQUEZ LLANOS

ASESOR
MANUEL BERMÚDEZ TAPIA

LAMBAYEQUE – PERÚ
2018

AGRADECIMIENTO:

A Dios, por sus infinitas bendiciones, y a todos los que hicieron posible la culminación de esta tesis.

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTO:	3
INTRODUCCIÓN	8
RESUMEN.....	10
ABSTRACT.....	11
PRIMERA PARTE.....	14
ANÁLISIS OBJETO DE ESTUDIO	14
1. UBICACIÓN:.....	14
2. CÓMO SURGE EL PROBLEMA:	15
3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:.....	16
4. DETERMINACIÓN DE OBJETIVOS	16
5. CÓMO SE MANIFIESTA EL PROBLEMA EVALUADO Y QUÉ CARÁCTERÍSTICAS TIENE:.....	17
6. DESCRIPCIÓN DETALLADA DE LA METODOLOGÍA EMPLEADA.....	20
7. HIPÓTESIS.....	22
8. ANÁLISIS DE VARIABLES	23
SEGUNDA PARTE.....	24
DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	24
CAPÍTULO I.....	24
ACERCAMIENTO TEMÁTICO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN SEDE PENAL:	25
1. DE LA REPARACIÓN CIVIL EN SEDE PENAL :	24
2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL PROVENIENTE DEL DELITO :	29
a. HECHO CAUSANTE DEL DAÑO:.....	32
b. FACTOR DE ATRIBUCION.....	33
c. RELACION DE CAUSALIDAD	37
d. DAÑO O PERJUICIO.....	39
e. OBJETO DEL DAÑO.....	43
f. SUJETOS DEL DAÑOS	44

g. TIPOS DE DAÑO.....	46
h. DAÑOS MATERIALES Y MORALES	53
i. DAÑO MATERIAL	54
j. DAÑO MORAL.....	55
k. DEL DAÑO MORAL COMO CATEGORÍA NO RESPONSABLE.....	66
c. RELACION DE CAUSALIDAD.....	37
CAPÍTULO II.....	79
ANÁLISIS DEL DAÑO A LA PERSONA	79
1. DAÑO A LA PERSONA :.....	79
2. ALGUNAS DIFERENCIACIONES ENTRE DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO MORAL	81
3. DAÑO A LA PERSONA YA CONTENIDO DENTRO DEL DAÑO MORAL.	84
4. DAÑO MORAL YA CONTENIDO DENTRO DEL DAÑO A LA PERSONA.	101
5. ¿CUÁL ES LA POSTURA QUE ASUME EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO?.....	103
6. ¿CUÁL DEBERÍA SER, EN TODO CASO, LA INTERPRETACIÓN QUE DEBERÍA ASUMIR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO?	108
7. EL DAÑO PSICOLÓGICO.	112
8. DAÑO AL PROYECTO DE VIDA.	121
9. SE CONCLUYE A TODOS LOS DAÑOS PRECISADOS.....	124
10. RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL.....	127
11. DE LA EVOLUCION DEL RESARCIMIENTO.....	129
12. DE LA INTEGRIDAD COMO OBJETO DE RESARCIMIENTO.....	131
13. NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN CIVIL PROVENIENTE DEL DELITO Y DE LA REPARACIÓN CIVIL COMO SANCIÓN JURÍDICA PENAL	133
14. REPARACIÓN CIVIL: NATURALEZA PRIVADA.....	140
15. REPARACIÓN CIVIL: COMO UNA TERCERA VÍA	151
16. PRETENSIÓN RESARCITORIA PROVENIENTE DEL DELITO.	156
17. FORMA DE LA PRESTACIÓN RESARCITORIA	158
18. TITULARIDAD DE LA PERSECUCIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL PROVENIENTE DEL DELITO	162
19. ACCESORIEDAD DE LA PRETENSIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL CONFORME AL CÓDIGO PROCESAL PENAL	172

20. ACUMULACIÓN DE LA ACCIÓN RESARCITORIA Y DE LA ACCIÓN PENAL.....	173
CAPÍTULO III.....	181
SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES	181
1. EL DEBIDO PROCESO	181
2. DE LA MOTIVACIÓN EN GENERAL.....	186
3. ALCANCES SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DEBER DE MOTIVAR.....	192
4. DE LOS FINES DEL DEBER DE MOTIVAR	198
5. SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL.....	200
CAPITULO IV.....	212
DEL DELITO DE LA VIOLACIÓN A LA LIBERTAD SEXUAL Y DE LA OBLIGACIÓN DE NO DAÑAR.....	212
1. DEL DELITO DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL	214
2. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA SEXUAL	220
3. EL AMBITO SEXUAL Y LA LIBERTAD.....	223
4. LA INDEMNIDAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO.....	225
5. DE LA PROBLEMÁTICA DE LA MOTIVACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL	227
6. MOTIVACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL EN SEDE PENAL EN JUDICATURAS EXTRANJERAS	228
7. CRÍTICAS AL SISTEMA DE BAREMOS Y EL EMPLEO DE FÓRMULAS MATEMÁTICAS A NIVEL INTERNACIONAL.....	234
CAPÍTULO V	245
DE LA SITUACIÓN DE LA REPACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE (Estudio comparado Años 2013, 2014 y 2015)	245
1. CRITERIOS PARA FIJAR LOS MONTOS POR REPARACIÓN CIVIL	246
2. RESARCIMIENTO DEL DAÑO CAUSADO A LA VÍCTIMA.....	253
3. EVALUACIÓN DE LOS EXPEDIENTES QUE DESARROLLAN DELITOS DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL	254
CAPÍTULO VI	256
DESARROLLO DE NUESTRA POSICIÓN FRENTE A LA IRREGULARIDAD DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL EN DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL A MODO DE FUNDAMENTAR NUESTRA HIPÓTESIS.....	256

1. SE DEBE TENER UNA MEJOR PRECISIÓN SOBRE QUÉ DAÑOS SON INDEMNIZABLES.	257
2. LA REFERENCIA CONCEPTUAL DEL DAÑO MATERIAL APLICABLE A LA PRÁCTICA JURISDICCIONAL EN EL PAÍS.	259
3. EL DAÑO MORAL.	260
4. LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA.	261
5. DE LA EVALUACIÓN DEL DAÑO PSICOLÓGICO.	266
6. DE LA EVALUACIÓN AL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA.	269
7. LA EQUIDAD COMO CRITERIO A APLICARSE	271
8. DE LA DETERMINACIÓN DE CRITERIOS DE APLICACIÓN.	278
9. NUESTRA POSICIÓN SOBRE LAS ACCIONES A EJECUTARSE.	279
10. DE LA PROBANZA DE LOS DAÑOS	287
11. DE LA NECESIDAD DE RESOLVER UN EXPEDIENTE SOBRE UN CASO DE VIOLACIÓN SEXUAL CON UNA ADECUADA MOTIVACIÓN.	295
12. SOBRE LA PUBLICACIÓN DEL CÁLCULOS DE INDEMNIZACIONES.	303
13. CAPACITACIÓN DE JUECES Y FISCALES.	305
14. NECESIDAD DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA.	308
CONCLUSIONES.	309
RECOMENDACIONES.	311
BIOGRAFÍA	313
LINKOGRAFÍA	316
ANEXOS	317

INTRODUCCIÓN

El presente estudio de investigación se ha realizado luego de observar empíricamente la realidad jurisprudencial en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en lo referente a la fijación de los montos indemnizatorios señalados en los procesos penales para los delitos que revisten notoria gravedad, como son los que atentan contra la libertad sexual.

La práctica en mención nos ha permitido evaluar algunas situaciones, donde, se puede advertir como de modo recurrente los operadores de justicia fijan montos irrisorios por reparación civil a favor de estas víctimas que en la mayoría de casos son menores de edad, sin realizar una debida motivación del daño que se ocasiona en cada caso concreto, habiendo llegado incluso a obviar tal motivación cuando se trata de sentencias emitidas por conclusión anticipada, pues si bien se tiene que tales sentencias se dictan de conformidad con las partes, ello no constituye óbice para lograr para efectuarse una debida motivación pues de lo contrario se estaría ante una suerte de arbitrariedad traducido en dejar de velar por el resarcimiento de las víctimas que además de sufrir un daño físico sufren un daño emocional y psicológico de difícil recuperación.

El presente trabajo de investigación se realizará en base de las sentencias emitidas por los dos Juzgados Colegiados de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque durante el año 2013, datos debidamente comparados con las sentencias emitidas tanto por los juzgados colegiados como unipersonales de la Corte Superior de

Justicia de Lambayeque durante los años 2014 y 2015, información que lleva a corroborar la precaria calidad de la motivación empleada al sustentar la reparación civil en los delitos contra la libertad sexual dentro del distrito judicial de Lambayeque.

Finalmente, se propone como alternativa de solución un conjunto sistémico de medidas como lo son: 1) Tener claro qué daños son indemnizables, 2) considerarse a la equidad como criterio a aplicarse, 3) establecerse demás criterios de aplicación, 4) probanza de daños, 5) exigirse la necesidad de una adecuada motivación, 6) se publiquen los cálculos de indemnizaciones, 7) se proceda a capacitar a jueces y fiscales en la materia, 8) se efectúe una modificación legislativa conteniendo estas nuevas consideraciones, todo lo cual será explicado con el debido detenimiento en la presente tesis.

La tesista

RESUMEN

Este estudio de investigación se ha llevado a cabo luego de observar empíricamente la realidad jurisprudencial en el Tribunal Superior de Lambayeque, respecto de la fijación de las indemnizaciones indicadas en procesos penales por delitos de notoria gravedad, como los que violan la libertad sexual.

La práctica en cuestión nos ha permitido evaluar algunas situaciones, donde, se puede notar como recurrentes, los operadores de justicia establecen cantidades insignificantes para la reparación civil a favor de estas víctimas que en la mayoría de los casos son menores, sin realizar una debida Motivación del daño eso es causado en cada caso específico, incluso evitando tal motivación cuando se trata de oraciones emitidas por conclusión anticipada, porque aunque dichas oraciones son dictadas de acuerdo a las partes, esto no constituye un obstáculo para lograr Hacer una motivación debida porque de lo contrario sería una especie de arbitrariedad traducida en la incapacidad de garantizar la compensación a las víctimas que además de sufrir daños físicos sufren un daño emocional y psicológico difícil de recuperar.

Esta investigación se llevará a cabo en base a las sentencias dictadas por los dos tribunales colegiados del Tribunal Superior de Lambayeque durante el año 2013, datos debidamente comparados con los fallos emitidos por los tribunales colegiados y unipersonales del Tribunal Superior de Justicia de Lambayeque durante los años 2014 y 2015, información que conduce a corroborar la calidad

precaria de la motivación utilizada para apoyar la reparación civil en delitos contra la libertad sexual dentro del distrito judicial de Lambayeque.

Finalmente, se propone como solución alternativa un conjunto sistémico de medidas tales como: 1) aclarar qué daños son indemnizables, 2) considerar la equidad como un criterio a ser aplicado, 3) establecer otros criterios para la aplicación, 4) , (5) se exige la motivación adecuada, (6) se publican los cálculos de la compensación, (7) que los jueces y los fiscales están capacitados en el asunto, (8) se hace una enmienda legislativa que contiene estas nuevas consideraciones, todas que se explicará con la debida consideración en la presente tesis.

ABSTRACT

This research study has been carried out after observing empirically the jurisprudential reality in the High Court of Lambayeque, regarding the fixing of compensation amounts indicated in criminal proceedings for crimes that are notorious seriousness, such as Which violate sexual freedom.

The practice in question has allowed us to evaluate some situations, where, it can be noticed as recurrent, the justice operators set negligible amounts for civil reparation in favor of these victims who in most cases are minors, without performing a due Motivation of the damage that is caused in each specific case, having even avoided such motivation when it comes to sentences issued by anticipated conclusion, because although such sentences are dictated according to the parties, this does not constitute an obstacle to achieve To make a due motivation because otherwise it would be a kind of arbitrariness translated into failing to ensure the compensation of victims who in addition to suffering physical damage suffer emotional and psychological damage difficult to recover.

This research will be carried out based on the judgments issued by the two Chartered Courts of the High Court of Lambayeque during the year 2013, data duly compared with the judgments issued by both the collegiate and unipersonal courts of the Superior Court of Justice of Lambayeque during the years 2014

and 2015, information that leads to corroborate the precarious quality of the motivation used to support civil reparation in crimes against sexual freedom within the judicial district of Lambayeque.

Finally, it is proposed as a solution alternative a systemic set of measures such as: 1) To be clear what damages are compensable, 2) to consider equity as a criterion to be applied, 3) to establish other criteria for application, 4) , (5) the need for adequate motivation is demanded, (6) the calculations of compensation are published, (7) that judges and prosecutors are trained in the matter, (8) a legislative amendment containing these new considerations is made, all of which will be Explained with due consideration in the present thesis.

PRIMERA PARTE

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. Ubicación.-

El problema de la falta de uniformidad de criterios para fijar los montos por reparación civil en los casos de delitos contra la Libertad Sexual, materia de la presente investigación, se ha situado en el espacio dentro de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, para cuyo efecto se ha realizado un estudio de:

A) Las veintisiete (27) sentencias emitidas por los dos Juzgados Colegiados Penales del distrito judicial de Lambayeque, durante el periodo enero - diciembre del año dos mil trece (2013);

B) cuarenta y tres (43) sentencias emitidas por los dos Juzgados Colegiados Penales y los siete Juzgados Unipersonales Penales, del mismo distrito judicial, durante el año dos mil catorce (2014); y

C) veintiocho (28) sentencias emitidas por los dos Juzgados Colegiados Penales y los siete Juzgados Unipersonales Penales, también del distrito judicial de Lambayeque, durante el año dos mil quince (2015).

2. **Cómo surge el problema.-**

Afrontar un proceso penal supone la puesta en escena de diferentes intereses: El del procesado, quizá el interés más discutido, el del Ministerio Público que representa a la sociedad en juicio, y por último, pero no menos importante, el interés del tercero, que tratará de menguar la reparación civil en defensa de su patrimonio.

De todos ellos el interés más controversial, como hacemos mención desde la parte introductoria de esta investigación, es precisamente el del procesado pues se considera que como producto de la litis se puede determinar el cumplimiento de una condena en la que se prive de libertad a una persona, y por ello se lo rodea de una serie de garantías, como por ejemplo el principio de presunción de inocencia que obliga al Ministerio Público a acreditar, a través de un medio probatorio válido, que el inculpado resulta ser responsable del hecho ilícito que se le está imputando.

Sin embargo, resulta ser una carga pesada para los administradores judiciales la determinación de la reparación civil, esto es, determinar de qué manera el agresor va a reparar el daño ocasionado y cuánto de indemnización *ex delicto* le corresponde aportar para resarcir la afrenta respectiva al habersele encontrado responsable de un hecho delictivo.

Y esto, se encuentra expresado en la lectura de las sentencias penales condenatorias en los Juzgados Colegiados y Juzgados Unipersonales de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en las que se

advierte que existe un esfuerzo importante por parte de los señores jueces penales de justificar la pena impuesta, pero cuando se trata de justificar el monto de la reparación civil pertinente, muchas veces no se motiva debidamente este extremo, lo que es abordado en la presente investigación.

3. Planteamiento del Problema.-

¿En qué medida plantear un criterio uniforme para la fijación de la reparación civil en las víctimas por delitos Contra la Libertad Sexual, generará una predictibilidad judicial y se ponderará una defensa material objetiva y proporcional a los hechos en casos de afectación de derechos de orden psicológico, moral y físico?

4. Determinación de los objetivos.

a. Objetivos generales.

- Uniformizar los criterios de evaluación de variables al momento de determinar la suma indemnizatoria a ser otorgada a la víctima por una agresión sexual acreditada, en función a que en la actualidad, estos criterios además de ser subjetivos, no son justificados en la propia condena penal.
- Plantear la necesidad de establecer un mecanismo objetivo, proporcional y justo que permita la determinación de la suma indemnizatoria a ser otorgada a una víctima de agresión sexual, luego de determinarse la responsabilidad penal del

sujeto activo.

- Mejorar la calidad de justicia en nuestro país, generando un nivel de predictibilidad al momento de la determinación de la indemnización a ser otorgada a la víctima en casos de agresión sexual.

b. Objetivos específicos.

- Generar un procedimiento uniforme que nos permita determinar elementos o variables de estudio referenciales para determinar una suma indemnizatoria a favor de una víctima por agresión sexual.
- Evaluar puntualmente la justificación de la decisión judicial en cuanto a la reparación del daño ejecutado a una víctima por parte del Poder Judicial, en los casos por delitos contra la libertad sexual.
- Evaluar la calidad de las sentencias condenatorias desarrolladas durante el año 2013, 2014 y 2015 en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque para así medir la condición en la cual se desarrolla la actividad jurisdiccional en general.

5. Cómo se manifiesta el problema evaluado y qué características tiene.-

El delito de violación de la libertad sexual es uno de los ilícitos que

se persigue con mayor severidad por parte de la ley penal en nuestro país, por la gravedad de su comisión tanto en el nivel de la ofensa a la víctima como por la afectación a la sociedad que no puede tolerar un nivel de violencia en el ámbito de la intimidad contra una persona, principalmente en casos de indefensión.

Este es el motivo por el cual continuamente se están incrementando las penas, y se están promoviendo nuevas formas delictuales como un mecanismo legal para contrarrestar el avance de los hechos delictivos que aparecen. En términos efectivos, esta situación responde a la necesidad de atender a la comunidad nacional por parte del legislador y por ello más allá de evaluar acciones orgánicas para afrontar el problema material, se observa una limitación a condiciones en el ámbito normativo.

Por ello, el incremento de penas tiene como consecuencia material el que el Estado no se preocupe de brindar protección y posterior atención a las víctimas de las consecuencias delictivas que supone superar los traumas que pueda acarrear una violación.

Complementariamente a este hecho, que de que por sí es sumamente grave, observamos que en el ámbito jurisdiccional tampoco existan criterios normados para determinar una reparación civil que por lo menos repare el daño del cual es objeto el agraviado, en su mayoría de veces, una mujer.

Efectivamente, producida la violación sexual se hace frente a una primera conmoción que es el trauma físico, pues, en casi todos los

casos hay violencia física contra el agraviado la misma que deja huella por mucho tiempo. Junto a esto, coexiste una violencia psicológica ejercida sobre la víctima, violencia que incluso termina siendo más perjudicial por cuanto se afecta la psiquis de esta y la predispone para afrontar miedos y traumas por lo general de modo permanente en el tiempo; a ello se tiene que sumar los problemas colaterales que un hecho de violación sexual origina en la familia, e incluso predispone a la misma a realizar gastos no considerados precisamente a partir de compra de medicinas, previsión de seguridad, entre otros.

Téngase en cuenta que adicional a ello surge el problema en el ámbito familiar de afrontar una "imagen social" decaída a "consecuencia" de la misma víctima que debe asumir una condición de "víctima" como la que provocó el delito, todo lo cual se incrementa el daño en el ámbito psicológico por parte de la víctima que asume que su familia, la sociedad y el propio contexto jurisdiccional no le brindará un nivel de protección idóneo.

Bajo este punto de análisis, observamos que más allá de lo descrito que pudiera corresponder a disciplinas ajenas al ámbito penal o procesal penal, observamos que el mismo proceso penal no toma en cuenta a la víctima y la sentencia que pudiera generarse en el mismo, no provocan una "mención" que pudiere corresponder a una atención favorable a la víctima en la reparación de sus derechos e integridad, razón por la cual es posible observar que el Poder Judicial y el Ministerio Público, como regla general, no han evaluado en forma objetiva la determinación de la "reparación civil" y nuestra percepción

se manifiesta cuando se observan montos mínimos en la determinación de la reparación civil en las sentencias condenatorias, las cuales no guardan una correlación objetiva entre el “fundamento de la sentencia” con la “gravedad de la lesión causada” y la “condición de la víctima”.

Pues como bien se conoce, a partir de la implementación y puesta en vigencia del Código Procesal Penal en el distrito judicial de Lambayeque del año 2009, muchos jueces se esmeran por considerar dentro de sus resoluciones una serie de argumentos que tienen que ver con su obligación de la **debida motivación**, pero es necesario determinar si de manera objetiva e imparcial empiezan a implementar mecanismos que reflejan una mejor determinación del monto de la reparación civil en los delitos por violación de la libertad sexual, lo que será materia de estudio en la presente investigación.

6. Descripción detallada de la metodología empleada.-

El diseño realizado en el presente trabajo ha sido no experimental, donde la población está constituida por las veintisiete (27) sentencias emitidas por los dos Juzgados Colegiados Penales de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque durante el año 2013, lo que es debidamente comparado con las sentencias emitidas tanto por los juzgados colegiados como unipersonales de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque durante los años 2014 y 2015.

Asimismo, el estudio realizado ha sido censal basado en el número total de sentencias emitidas en los delitos de Violación de la Libertad

Sexual.

Téngase en cuenta que estos datos son objetivos y han sido posibles de ser sistematizados porque laboramos en una dependencia jurisdiccional en la cual podemos acceder a las fuentes directas (sentencias en evaluación), lo cual nos permite apreciar el objeto de estudio de una manera mucho más precisa para así poder ejecutar nuestra evaluación del problema de la investigación y así formular nuestra hipótesis, sustentándola en forma eficiente.

Los materiales utilizados han sido los libros citados en las referencias bibliográficas, y en cuanto a las técnicas e instrumentos aplicados al presente estudio han sido la técnica del análisis documental, para cotejar la información teórica con el contenido de los casos expresados en las sentencias que emiten los administradores de justicia.

El instrumento ha sido la ficha de recojo de datos que ha recabado los datos más importantes a fin de poder comprobar la hipótesis propuesta.

En cuanto al método empleado ha sido el método dogmático para el análisis de las normas jurídicas, además el método cuantitativo y cualitativo, para el análisis de las sentencias recabadas.

Por último para el análisis de los datos utilizó la determinación de frecuencia simple y frecuencia porcentual habiéndose elaborado tablas de frecuencias simples y porcentuales, así como diagramas circulares.

7. Hipótesis.-

Si se plantea un criterio uniforme para la fijación de la reparación civil en las víctimas por delitos Contra la Libertad Sexual; **entonces**, se generará una predictibilidad judicial y se ponderará una defensa material objetiva y proporcional a los hechos en casos de afectación de derechos de orden psicológico, moral y físico.

8. Análisis de las Variables.-

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES	TECNICAS
<p>X: Plantear un criterio uniforme a través para la fijación de la reparación civil.</p> <p>y: Predictibilidad Judicial y ponderación de una defensa</p> <p>Z: Delitos de violación de la libertad sexual.</p>	<p>Motivación aparente</p> <p>Falta de motivación interna</p> <p>Deficiente motivación externa</p> <p>Motivación insuficiente</p> <p>Motivación incongruente</p> <p>Motivación cualificada</p> <p>Contenido de reparación civil.</p> <p>Daño personal</p> <p>Daño emocional</p> <p>Daño físico</p> <p>Proyecto de vida</p> <p>Ámbito sexual y libertad</p> <p>Indemnidad como bien jurídico</p> <p>Definición de violencia sexual</p> <p>Tipos penales</p>	<p>Motivación fáctica y jurídica</p> <p>Cantidad del monto indemnizatorio</p> <p>Grado de agotamiento</p> <p>Tipo de daño causado</p> <p>Base Jurídica</p> <p>Constatación de daños</p> <p>Pericia Psicológica</p> <p>Pericia médico legal</p> <p>Informe social del área de Víctimas y Testigos</p> <p>Doctrina y jurisprudencia</p> <p>Código Penal</p> <p>Hecho delictuoso concreto</p> <p>Tipos penales</p>	<p>¿Cómo se justifica?</p> <p>¿Cuánto?</p> <p>¿Es proporcional?</p> <p>¿Cómo se determina?</p> <p>¿De qué forma se da?</p> <p>¿Cómo se mide?</p> <p>¿Cómo se evidencia?</p> <p>¿Cómo se evalúa?</p> <p>¿Qué conceptos comprende?</p> <p>¿Qué implica?</p> <p>¿Cuál es su límite de aplicación?</p> <p>¿Cómo se origina?</p> <p>¿Cuál es la base legal?</p>	<p>Análisis documental</p> <p>Fichaje</p> <p>Encuesta</p>

SEGUNDA PARTE

DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPITULO I:

ACERCAMIENTO TEMÁTICO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN SEDE PENAL

Se ha escrito de manera abundante respecto a la debida motivación de la reparación civil en materia penal, pese a lo que, en base al estudio de campo efectuado y que posteriormente será materia de análisis¹, las cifras revelan que toda aquella doctrina no ha generado ninguna mejora significativa en la práctica forense.

En ese sentido, la presente tesis busca constituir un aporte en tal materia, para lo cual, enmarcándose específicamente en la debida motivación de la reparación civil en las sentencias condenatorias por el delito de violación sexual, se pretende analizar la problemática en cuestión.

En efecto, en la doctrina, jurisprudencia y en la práctica procesal penal existen diversos problemas en torno a la figura de la reparación civil derivada del delito, que van desde del hecho de no haberse establecido con claridad su naturaleza jurídica, o de no haberse

¹ *Veáse infra "DE LA SITUACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE (ESTUDIO COMPARATIVO AÑOS 2013, 2014, 2015)"*

precisado si es que ésta deriva necesariamente de la comisión de un delito o de la existencia de un daño, pasando por su efectividad durante la fase de la ejecución de la sentencia, o estableciéndose si es que la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena en condenas condicionales por incumplimiento del pago de la reparación civil, atiende a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad que regulan las decisiones jurisdiccionales en el proceso penal.

Sin embargo, siendo que la presente investigación se ciñe a la deficiente motivación de la reparación civil en materia penal, se procede a abordar dicha temática a partir de conceptos previos y conducentes a ello.

1. DE LA REPARACION CIVIL EN SEDE PENAL

Es necesario tenerse en cuenta el que "(...) la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual parte de la existencia o no de un vínculo previo entre las partes (...)”².

Elemento conceptual sumamente referencial para el caso de nuestra investigación, principalmente para poder analizar las consecuencias de una pésima asignación de la suma a ser considerada como “reparación civil” luego de determinarse la culpabilidad del agresor, la gravedad de los hechos y la lesión de derechos de la víctima.

² ENCICLOPEDIA JURIDICA. Responsabilidad extracontractual y responsabilidad extracontractual. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/responsabilidad-extracontractual/responsabilidad-extracontractual.htm>; búsqueda del 30.12.16, 10.34 a.m.

Así, la responsabilidad extracontractual es aquella que nace de un daño producido a otra persona sin que exista una relación jurídica convenida entre el autor del daño y el perjudicado³.

Esto es, si bien ambos tipos de responsabilidad civil surgen ante la violación de una obligación preexistente, la diferencia entre ambas estriba en la naturaleza de la obligación preexistente que ha sido violada, puesto que en la responsabilidad contractual se trata de una obligación de carácter contractual, es decir, cuando "entre las partes existe un contrato o una relación contractual y los daños son debido al incumplimiento o cumplimiento defectuoso de lo que es estrictamente materia del contrato"⁴, es decir, se trata de una obligación determinada, concreta o específica.

³ "El fundamento de esta clasificación parecería elemental y sencillo, sin embargo, se presentan casos en que ambos tipos de responsabilidad se superponen haciendo que la determinación del tipo de responsabilidad y sus respectivas consecuencias ya no resulte tan obvia, puesto que las fronteras entre ambas se tornan difusas; esto sucede por ejemplo en los casos en que durante el cumplimiento de un contrato, o por incumplimiento de este, se producen lesiones o incluso la muerte de una persona; (...) en estos casos, a pesar que por el contrato surgen deberes de información y de protección, parece más adecuado recurrir a las reglas de la responsabilidad extracontractual, tal como se suele resolver en la jurisprudencia española como francesa (...)"

http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1483/Galvez_vt.pdf?sequence=1, búsqueda del 30.12.16, 11.00 a.m.

⁴DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. "DERECHO DE DAÑOS", pág. 253. Citado en <http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA3/responsabilidad.htm>; búsqueda del 30.12.16, 10.41 a.m.

Por su parte, en la responsabilidad extracontractual se trata de la violación “de deberes generales de conducta o de la regla general *alterum non laedere*”⁵

En esa línea, se tiene el que: “Cuando la causación de los daños tenga su fundamentación en la infracción del genérico deber (erga omnes) de no causar daño a nadie e, infringiendo este deber se haya invadido la esfera de interés ajeno, protegido por el Derecho, se está ante la llamada responsabilidad extracontractual, también denominado perjuicio extracontractual o aquiliano”⁶. En suma “si se trata de la responsabilidad extracontractual la obligación preexistente es legal, y si estamos en el ámbito contractual la obligación preexistente será convencional”⁷.

Ahora, situándose específicamente en dicha responsabilidad extracontractual, esta puede ser de naturaleza civil o de naturaleza penal, donde “La diferencia entre la ilicitud civil y la penal radica, según tesis general de la jurisprudencia, en que la primera viola

⁵DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: *Ob. Cit.*, pág. 253. Citado en <http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA3/responsabilidad.htm>; búsqueda del 30.12.16, 10.42 a.m.

⁶GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: “LA REPARACION CIVIL EN EL PROCESO PENAL” ANALISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL, tercera edición, INSTITUTO PACIFICO ACTUALIDAD PENAL, Lima, 2016, pág. 76.

⁷ DE GASPERI, Luis y MORELLO, Augusto: “UNIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL”. En: *Curso Responsabilidad Civil Extracontractual – Lectura 5*, editado por la Academia de la Magistratura, pág. 43. Citado en <http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA3/responsabilidad.htm>; búsqueda del 30.12.16, 10.43 a.m.

sólo intereses subjetivos de los particulares y la segunda vulnera el interés general, rigiéndose por preceptos penales”⁸.

En efecto, cuando existe un hecho ilícito (delito), que además de violar las normas jurídicas se debe tener presente que se causa un daño efectivo en los derechos de una persona (la víctima), situación que genera el hecho de que la ley permite el resarcimiento del daño generado a favor de la víctima, donde asimismo, no es necesario acudir a otra vía para obtener la indemnización por el daño causado, sino que ello se puede lograr en un solo proceso judicial, el penal⁹.

También cabe señalar el que “(...) para hablar de responsabilidad proveniente del delito, se tendrá que acreditar previamente que se está frente a un hecho penalmente relevante; entendiéndose por tal a un acción típica, antijurídica y culpable”¹⁰.

Sin embargo, siendo que, en efecto, al emitirse la respectiva sentencia se tiene especial consideración al establecerse, tanto, 1.- la acción o hecho dañoso y su autor, la 2.-relación de causalidad entre el daño y el hecho, 3.-los factores de atribución de responsabilidad, la deficiencia judicial se presenta al determinarse la “reparación del daño causado”, pues en las sentencias judiciales no se efectúa una

⁸ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/responsabilidad-extracontractual/responsabilidad-extracontractual.htm>; búsqueda del 30.12.16, 10.34 a.m.

⁹ ALARCÓN FLORES, Luis Alfredo: “LA REPARACIÓN CIVIL EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO”; <http://www.monografias.com/trabajos44/reparacion-civil/reparacion-civil2.shtml#ixzz4UL30wgWy>; búsqueda del 30.12.16, 11.13 a.m.

¹⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit*, pág. 79

adecuada motivación en tanto cuál sería el monto exacto a concederse por reparación del daño causado.

A continuación se presenta un estudio detallado de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, lo que se encuadra en la específica responsabilidad civil extracontractual proveniente del delito.

2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL PROVENIENTE DEL DELITO.

A efectos de configurarse la referida responsabilidad civil extracontractual proveniente del delito, han de concurrir como elementos tanto: "a) la imputabilidad (entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente); b) la ilicitud o antijuridicidad (la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico); c) el factor de atribución (el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto); d) el nexo causal (concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido); y, e) el daño (comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado)^{11"12}.

Sin embargo, respecto al primer elemento mencionado, esto es, la necesidad de que concurra el elemento imputabilidad, se debe partir de la idea de que si bien se emplea el término "responsabilidad civil

¹¹ *ESPINOZA ESPINOZA, Juan: Materiales de enseñanza del profesor Juan Espinoza Espinoza, titulado "DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL - 2006", pág. 26. Citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 592*

¹² *R. N. N.º 4104-2010-Lima, 20/07/12. Sala Penal Permanente.*

extracontractual proveniente del delito”, la imagen que transmitiría tales términos no refleja de modo exacto su contenido en tanto que “la obligación de resarcir no surge ni se deriva del delito, sino del daño producido, es decir, no se trata de un resarcimiento *ex delicto* sino *ex damno*”¹³.

Asimismo, “al respecto debe considerarse que el legislador peruano en el artículo 92 del Código Penal, establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, lo que lleva a la doctrina a afirmar que por regla la reparación civil se impone siempre que también se le haya impuesto una pena al autor, con excepción de algunos supuestos, como la reserva del fallo condenatorio y el concurso real retrospectivo¹⁴.

En cualquier caso estamos hablando siempre de un juicio de culpabilidad penal al autor al margen que no se dicte el extremo de la condena, como en el caso de la reserva del fallo condenatorio. Y si hablamos de responsabilidad penal, nos referiremos siempre a un hecho típico, que a su vez ha causado daño a la víctima.

¹³ GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo: “ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL RESARCIMIENTO ECONÓMICO DEL DAÑO CAUSADO POR EL DELITO”, pág. 1, [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/\\$FILE/Ilecip_Rev_004-02.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/$FILE/Ilecip_Rev_004-02.pdf); búsqueda del 30.12.16; 11.46 a.m.

¹⁴ GARCIA CAVERO, Percy: “DERECHO PENAL ECONÓMICO. PARTE GENERAL”, segunda edición, Lima 2007, pp.995-996, citado por GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo: Ob. Cit. pág. 3; [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/\\$FILE/Ilecip_Rev_004-02.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/$FILE/Ilecip_Rev_004-02.pdf); búsqueda del 30.12.16; 11.46 a.m.

Sin embargo, las dudas acerca de esta opción legislativa aparecen cuando se revisa el inciso 3) del artículo 12 del Código Procesal Penal del año 2004, donde se establece que "la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción derivada del hecho punible"¹⁵ En cuyo contexto se tiene que, "(...) la irresponsabilidad penal no presupone la irresponsabilidad civil (...) De modo tal que nada obsta para que a pesar de existir una sentencia absolutoria, el perjudicado con un evento dañoso pueda recurrir a la vía civil y demandar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios (...).

Por cierto, todas estas afirmaciones acerca de los daños a ser resarcidos, (...), rigen fundamentalmente para los causantes directos del daño (autores y partícipes), pero también para otros obligados solidariamente, como el tercero civil, cuya responsabilidad no se fundamenta en la realización de un delito, que a su vez cause daño, sino que su responsabilidad civil se deriva de la garantía de reparación que lo vincula con el autor del hecho (...)"¹⁶

Esto es, de todo lo descrito se aprecia el que la obligación de resarcir, surge del daño producido, y no de la comisión del delito mismo, lo que se sustenta en la finalidad de la reparación civil, esto es, tal postulado tendría fundamento en tanto que el fin de la reparación civil

¹⁵GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo: *Ob. Cit., pág. 3*; [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/\\$FILE/Ilecep_Rev_004-02.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/$FILE/Ilecep_Rev_004-02.pdf); búsqueda del 30.12.16; 12.16 p.m.

¹⁶GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo: *ob. Cit., pág. 4*; [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/\\$FILE/Ilecep_Rev_004-02.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/$FILE/Ilecep_Rev_004-02.pdf); búsqueda del 30.12.16; 12.16 p.m.

no es sancionar, sino reparar. Y es que, en efecto, la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito, no va en tanto una naturaleza de sanción jurídico penal, y que por ello cumpliría el fin propio de la pena, sino que posee una naturaleza privada, dado a que la acción civil, y esto pues, como lo afirma el Acuerdo Plenario N°5-2011/CJ-116, del 06 de diciembre del 2011, fundamento N°8 :

“(…) la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aun cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso, de determinar el quantum indemnizatorio – acumulación heterogénea de acciones-, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal¹⁷”. Todo lo que como se señaló, se concatena a su vez con lo contenido en el inciso 3) del artículo 12 del Código Procesal Penal del año 2004, donde se establece que “la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción derivada del hecho punible”.

a. HECHO CAUSANTE DEL DAÑO

En el derecho penal, dentro de la estructura del delito, equivale a la acción típica penalmente relevante, que en el caso específico va referido al delito de violación de la libertad sexual.

¹⁷ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.207

Así, “el hecho causante del daño es la acción u omisión, lo que al concretarse produce un cambio en la naturaleza de las cosas, el que constituye un menoscabo para el bien. Conducta que debe atacar a un bien jurídicamente tutelado”¹⁸.

De este modo, se está ante un hecho causante del daño que es acompañado por un carácter de ilicitud o antijuridicidad (es decir, se constata que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico), tal como ocurre con los tipos de delitos en estudio, cuya tutela jurídica se encuentra plasmada a partir de los artículos 170 del Código Penal peruano.

b. FACTOR DE ATRIBUCIÓN

En el Código Civil el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual se encuentra regulado en el artículo 1969, cuyo texto señala: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”, mientras que el sistema objetivo se encuentra incorporado en el artículo 1970, donde se establece: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

Clases de sistemas que se procede a desglosar a continuación.

i. SISTEMA SUBJETIVO

¹⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 78.

Alexander Rioja Bermúdez, escribe que la noción de culpa exige no sólo que se haya causado un daño a la víctima, sino que el mismo sea consecuencia del dolo o la culpa del autor, pues caso contrario por más que se acreditara el daño y la relación causal, no habría responsabilidad civil extra contractual del autor.

La culpa es, continúa el referido tratadista, el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad civil y es por ello que dicha exigencia fluye claramente del artículo 1969 antes anotado. Sin embargo, ante la dificultad de probar en muchos casos la culpa del autor, es decir, dado lo difícil que es conocer el aspecto subjetivo del este, la doctrina moderna, y en tal sentido nuestro Código Civil, ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, de modo tal que la víctima ya no estará obligada a demostrar la culpa del autor, lo cual es por regla general bastante difícil, sino que corresponderá al autor del daño demostrar su ausencia de culpa.

Esta inversión de la carga de la prueba y correlativa presunción de culpabilidad del autor en el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual en el sistema legal peruano, fluye claramente del mismo artículo 1969°, cuando dispone: "El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor", lo que significa nítidamente que se presume la culpa del autor del daño causado.

Sin embargo, continua Rioja Bermúdez, este artículo contiene un gravísimo error de redacción, por cuanto no puede interpretarse, como lo señala literalmente, que se presuma el dolo del autor, pues

solamente se presume la culpa y en tal sentido debe entenderse el significado del mismo.

Con esta inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad, lo que se logra es favorecer a las víctimas, por cuanto se les libera de la tarea de demostrar la culpabilidad del autor, pues el mismo se presume culpable, correspondiéndole en todo caso a él probar su ausencia de culpa, a fin de poder liberarse de responsabilidad civil extra contractual¹⁹.

ii. SISTEMA OBJETIVO

Por su parte, respecto al sistema objetivo de responsabilidad civil extracontractual, Rioja Bermúdez precisa que todos los bienes y actividades que se utilizan en la vida moderna para la satisfacción de las diferentes necesidades existentes suponen un riesgo ordinario o común para las personas, donde existirían también, bienes y actividades que significan un riesgo adicional al ordinario, tales como los automotores, los artefactos eléctricos, las cocinas a gas, ascensores, los diferentes tipos de armas de fuego, escaleras mecánicas, los insecticidas, productos químicos para la limpieza, los medicamentos, los productos enlatados, las actividades industriales, etc.

¹⁹RIOJA BERMUDEZ, Alexander: "FACTORES DE ATRIBUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL"; <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2012/10/17/factores-de-atribucion-en-la-responsabilidadcivil-extracontractual/>; búsqueda del 30.12.16; 12.44 p.m.

En cuyo supuesto, precisa el mismo doctrinario, para todo este tipo de bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues deberá bastar con acreditar el daño causado, la relación de causalidad y que se ha tratado de un daño producido mediante un bien o actividad que supone un riesgo adicional al ordinario y común y que por ello mismo merecen la calificación de "riesgosos".

Rioja Bermúdez continua indicando que donde haya sido el autor culpable o no, será igualmente el responsable por haber causado tal daño mediante una actividad riesgosa o peligrosa. El factor de atribución no es, pues, la culpa del autor, sino el riesgo creado en el sentido antes mencionado²⁰.

En ese sentido, se afirma, para daños causados mediante bienes o actividades que suponen un riesgo común y ordinario se debe utilizar el sistema subjetivo y para aquellos causados mediante bienes y actividades que suponen un riesgo adicional al ordinario se deberá utilizar el sistema objetivo.

Acota además: "El sistema subjetivo permite utilizar la ausencia de culpa y la fractura causal como mecanismo liberador de responsabilidad civil, mientras que el sistema objetivo permite utilizar únicamente la fractura causal, por supuesto siempre y cuando los

²⁰RIOJA BERMUDEZ, Alexander: Ob. Cit.; <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2012/10/17/factores-de-atribucion-en-la-responsabilidadcivil-extracontractual/>; búsqueda del 30.12.16; 12.45 p.m.

daños se encuentren debidamente acreditados, por cuanto si no hay daño, no existe responsabilidad civil de ninguna clase”²¹.

c. RELACION DE CAUSALIDAD

Tomás Aladino Gálvez Villegas señala que producido el daño, o se constatada su materialidad, en una evaluación para que tenga efectos jurídicos, es necesario determinar si existe un causante a quien se pueda atribuir posteriormente la calidad de autor o responsable.

Así, no es lo mismo hablar de causante y de autor o responsable, ya que causante será el agente de la conducta o acción a la cual se vincula el resultado- daño-, por existir entre ambos una relación de causalidad; pero aún no se puede decir que el causante a su vez es el responsable o autor; y esto pues, agrega Gálvez Villegas, hablar de autor significa que además de la relación de causalidad existente entre la acción del causante y el resultado, existe un factor de atribución de responsabilidad en mérito al cual se lo considera responsable; es decir, autor es sinónimo de responsable, y causante y responsable son categorías distintas.

²¹ Asimismo, señala el autor que "(...) debemos tener en consideración que la calificación de un bien o actividad como riesgosa o peligrosa no depende de las circunstancias de un caso concreto en particular, pues de ser así cualquier bien o actividad podría ser considerada como riesgosa: por ejemplo un tenedor de mesa no puede ser considerado riesgoso si por circunstancias de su uso anormal es utilizado para matar a una persona. Dicha calificación depende del riesgo que supone el uso socialmente aceptado del bien o actividad de que se trate, siempre y cuando su uso o realización normal y cotidiana suponga un riesgo adicional al común y ordinario para todos los demás, como sucede con los automotores y armas de fuego, por ejemplo”²¹. RIOJA BERMUDEZ, Alexander: Ob. Cit.; <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2012/10/17/factores-de-atribucion-en-la-responsabilidad-civil-extracontractual/>; búsqueda del 30.12.16; 12.46 p.m.

Asimismo, el significado de autor y responsable es diferente, dependiendo de si nos encontramos en el ámbito civil o en el ámbito penal; pues autor y responsable en el derecho civil generalmente son sinónimos, y por tanto si encontramos que una persona es autora de un hecho causante de un daño, a su vez será el responsable del mismo, salvo, claro está, los casos de responsabilidad civil indirecta, en cuyo caso también puede resultar responsable una persona –o en general, un sujeto de derecho- que no es autora.

En cambio en el Derecho Penal una persona puede ser autora del delito, pero no ser responsable, por ausencia de exigibilidad preventiva de sanción penal, como en el caso de las excusas absolutorias o las condiciones objetivas de punibilidad, por ejemplo²².

Ahora bien, continua Gálvez Villegas para hablar de un resultado dañoso, necesariamente se tiene que presuponer la existencia de una conducta o acción causante (hecho dañoso), elementos de la responsabilidad que se vincularían entre sí a través de una relación o nexo causal, y en virtud a ello se habla de relación de causalidad en el Derecho de Daños o responsabilidad civil, al igual que en Derecho Penal.

Y ello en la medida de que para afirmarse que una conducta es típica penalmente se tiene que acreditar que existe una acción vinculada al resultado mediante una relación de causalidad válida, salvo los casos de tipos penales de simple actividad, o en los tipos de peligro

²² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit. Pag.111*

abstracto, en los que no se ha ocasionado propiamente una lesión al bien jurídico, sino que únicamente se ha creado un peligro o riesgo de lesión; en estos como no se precisa de un resultado para la configuración del tipo penal, tampoco es necesaria relación de causalidad alguna²³.

d. DAÑO O PERJUICIO

En este punto, se debe partir de la noción de que el Estado fundamenta su existencia en la finalidad de crear un nivel de organización que permita la tutela integral de cada uno de sus habitantes.

Sin embargo, "La finalidad de convivir en paz comienza a ser perturbada por la conjunción incertidumbre – riesgo. Esa cadena de causalidad yuxtapuesta hace aparecer el daño en escena, pues la falta de mecanismos de control o de eficiencia en la gobernabilidad del sistema hace que el daño ocurra más asiduamente y sea cada vez de mayor envergadura"²⁴.

En ese contexto, se conceptúa al daño como "(...) la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial de las personas respecto de determinados bienes, derechos o expectativas (...) es decir, se trata de la afectación o lesión a intereses configurativos de bienes jurídicos (...)"²⁵

²³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit. Pag.112*

²⁴ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLOGICO", tercera edición, editorial ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA, ciudad de Buenos Aires, 2006, pág., 60

²⁵ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit., pág. 80*

De este modo, "El daño -como explica Luigi Corsaro- "no es un hecho físico, sino un atributo de la situación producida por el evento. Su existencia resulta de una valoración de la realidad, según un criterio que tiene en cuenta la disminución patrimonial sufrida por el sujeto pasivo del hecho ilícito. [...] El evento, por más injusto que fuere, jamás es dañoso por sí mismo. [...] El evento, en tanto hecho físico contrastante con la satisfacción de un interés, y en cuanto tal, jamás es un daño; lo que él hace es producir un daño, que consistirá, ya en la falta de satisfacción de una necesidad, ya en una actividad costosa de la persona agraviada, que asegure a ésta, en los mismos términos, la satisfacción de su interés"²⁶.

²⁶ CORSARO, VOZ "Responsabilità civile I) Diritto civile", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, voi. XXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, pág. 5 (de la separata). Este criterio es compartido, entre otros autores, por Antonio JANNARELLI, "Struttura dell'atto illecito", en *Istituzioni di diritto privato*, al cuidado de Mario BESSONE, 83. ed., Giappichelli, Turin, 2001, pág. 995. Por su parte, Francesco GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 7a. ed., ESI, Nápoles, 1998, pág. 693, se vale de él para explicar la diferencia entre lesión a la salud (daño-evento) y daño patrimonial (daño-consecuencia, en el mismo supuesto). En la jurisprudencia italiana, es destacar, al respecto, la sentencia del Tribunale de Milán, del 2 de septiembre de 1993, en "La nuova giurisprudenza civile commentata", año X, 1994, págs. 680 y sgtes., con nota de Raffaella DE MATTEIS, "Il c.d. «danno biologico da morte» come lesione di un diretto riflesso". No puedo dejar de advertir, sin embargo, que la posición contraria a esta distinción ha tenido un autorizado representante, como Renato SCOGNAMIGLIO, VOZ "Risarcimento del danno", en *Novissimo Digesto italiano*, voi. XVI, Ut'et, Turin, 1969, pág. 13; ID., "Appunti sulla nozione di danno", (1969), ahora en ID., *Scritti giuridici*, voi. I, Cedam, Padua, 1996, pág. 519. Esta postura crítica es compartida por Francesco Donato BUSNELLI, conforme a su intervención en una mesa redonda sobre el daño biológico, transcrita en el volumen *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, cit., págs. 198,201. Sobre este punto, es de consultar la síntesis informativa de María Vita DE GIORGI, voz "Danno) Teoria generale", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, voi. X, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, pág. 8 (de la separata). Citado por LEON, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", primera edición, editorial NORMAS LEGALES, Trujillo 2004, pág. 148

Asimismo, se tiene que "(...) El daño es una condición desfavorable para un sujeto de derecho que merece ser resarcida, siempre que el evento que la ha producido afecte una posición protegida por el ordenamiento, y cuando sea imputable a otro sujeto, según un juicio reglamentado por la ley; todo lo cual conforma el fenómeno de la responsabilidad civil". El daño -nótese bien- se distingue del evento que lo genera. El evento, como ha precisado Luigi Corsaro, pertenece al mundo de los hechos jurídicos: Es una manifestación "real", que contraviene un interés protegido por el derecho, un fenómeno físico, apto para impedir que dicho interés sea satisfecho.

En cambio, el daño es una "cualidad" de las situaciones que subsiguen al evento; no se identifica, entonces, con su antecedente fáctico: Lo califica, más bien, en términos económicos"²⁷.

Según esto, como lo señala Leysser León, el daño no sería simplemente la situación en la que se encuentra quien sufre un acto ilícito ajeno (léase pobreza, urgencia de la cosa dañada o destruida, el recurso a otros medios para satisfacer la necesidad que se podía cubrir en la situación jurídicamente protegida y quebrantada a raíz del evento, etc.), sino que el daño consiste en una valoración en términos económicos de la situación, nueva y desfavorable, propiciada por el evento, situación que impondría al damnificado decidir si sobrelleva el estado de hecho (y mantiene viva su necesidad), o si actúa para erradicarla (mediante alternativas satisfactorias).

²⁷ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.* Pág. 105

En la hipótesis de la destrucción de un bien material, por ejemplo, el damnificado se ve forzado a tener que decidir si las cosas quedan tal como están, o si adquiere otro objeto que se adapte, equivalentemente, a sus exigencias²⁸.

Además, de modo específico respecto a la materia de la presente investigación, se tiene el que "al referirnos a daños provenientes de una acción delictiva, se ha de decir que se trata de una afectación de un bien jurídico (u objeto de protección) tutelado además, por una norma penal, en la medida que se trata de un bien que trasciende la esfera personal del titular específico del bien. Lo que interesa es el daño en cuanto genera la obligación de reparar.

Consecuentemente, el concepto de daño dejará de lado el detrimento o perjuicio causado mediando caso fortuito o fuerza mayor, por cuanto estos no pueden ser imputados a agente alguno; igualmente, se excluirán los daños justificados, como los causados por el ejercicio regular de un derecho o en legítima defensa, y algunos casos de estado de necesidad"²⁹.

Sin embargo, si bien el autor señalado precisaba aquello, se tiene el que en el caso de delitos de violación a la libertad sexual, no se ocasionaría mayor inconveniente al respecto, pues es de imposible configuración el que concurra un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, o un daño justificado, o como los causados por el ejercicio

²⁸ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit. Pág. 106

²⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 82.

regular de un derecho o en legítima defensa, o un supuesto de estado de necesidad, que hayan ocasionado la comisión del delito en análisis.

e. OBJETO DEL DAÑO

Tomás Aladino Gálvez Villegas, afirma que "(...) lo que el derecho tutela, el daño vulnera, por lo que contra este, el derecho presta su propia reacción; pero debe entenderse que aun cuando en general, pueda tratarse de cualquier interés tutelado por el ordenamiento jurídico para el caso de daños provenientes del delito, debe tratarse de bienes e intereses tutelados por la norma penal (...) interés es la posibilidad de que una necesidad experimentada por uno o varios sujetos determinados, venga satisfecha mediante un bien".

Este interés, al recibir la tutela del derecho, técnicamente, configura un "bien jurídico". Esta tutela jurídica no tiene por objeto los bienes en si considerados (cosas u objetos), sino las particulares situaciones de los sujetos respecto de los bienes (interés del sujeto).

El daño puede afectar al interés en sí o cuando este interés se reconoce sobre un bien. Lo primero se produce cuando se altera o cercena la posibilidad que un bien satisface respecto a la necesidad de un determinado sujeto, sin que se altere la esencia del mismo bien (A es despojado de un bien), lo segundo se produce cuando se altera o elimina la genérica aptitud del bien para satisfacer una necesidad humana (el bien se inutiliza).

El derecho no tutela al bien sino la posibilidad de que mediante el bien sea satisfecha una necesidad de su titular. El perjuicio del interés puede no acompañarse del perjuicio del bien, pero al contrario, si se afecta en su intrínseca esencia necesariamente se vulnera también el interés”³⁰.

En ese sentido, como se ha señalado, el objeto del daño en comentario se ha de entender como bienes e intereses tutelados por la norma penal, interés traducido en la posibilidad de que una necesidad experimentada, venga satisfecha mediante un bien, que al ser tutelado por el derecho recibe el nombre de “bien jurídico”.

Es decir, el objeto del daño extra patrimonial derivado del delito no protege a los bienes en sí mismos, sino la particular situación de los sujetos respecto de los bienes: El interés del sujeto, esto es, el derecho no tutela al bien sino que tutela que mediante el bien jurídico pertinente, el sujeto satisfaga dicha necesidad.

f. SUJETOS DEL DAÑO

i. EL AGENTE CAUSANTE DEL DAÑO O SUJETO ACTIVO.

Es el sujeto-, enseña Tomás Gálvez, en el sentido de ser centro de imputación de derechos y obligaciones- el que realiza la conducta que produce la afectación del bien jurídico; conducta que puede ser activa u omisiva.

³⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 85.

A la vez este sujeto activo puede estar constituido por una o varias personas; también puede estar constituida por una persona natural o una persona jurídica; pero para el caso que nos ocupa, es decir para daños provenientes de la comisión de un hecho delictuoso, no se considerará a la persona jurídica como causante de daño, ya que estas, en nuestro ordenamiento jurídico, no son capaces de cometer delitos, sino que únicamente se comprenderá como tales a las personas que actúan como sus órganos de representación o dirección; sin embargo, las personas jurídicas, pueden ser comprendidas en el proceso penal, en calidad de tercero civilmente responsable a fin de que respondan por los daños causados³¹

Asimismo, como es claro, "(...) para que se tenga por actor o agente del daño al sujeto, se tiene que determinar la existencia de una relación de causalidad jurídicamente admitida, entre la conducta atribuida al agente y el efecto de la conducta, es decir el daño"³², tal como se expuso anteriormente.

ii. SUJETO PASIVO O VICTIMA DEL DAÑO.

Se entiende por sujeto pasivo al "(...) titular del bien jurídico afectado por la conducta del agente del daño, puede estar asimismo constituido por una persona o una persona jurídica. A diferencia del sujeto activo, que puede ser únicamente una persona imputable (salvo ciertas excepciones), el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, sea imputable o no, toda vez que las personas, aun cuando no tengan capacidad de ejercicio, precisamente por ser inimputables,

³¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 86

³² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.86

sí tendrán capacidad de goce, es decir, sí podrán ser titulares de bienes jurídicos o intereses que pueden ser afectados por acciones dañosas”³³.

g. TIPOS DE DAÑOS

Ahora, es importante referirse a los tipos de daños susceptibles de resarcimiento en el sentido de que solo teniendo claro a estos, es que posteriormente en cada caso en concreto, se podrá determinar con precisión a cuánto debe ascender el monto de reparación civil a ordenarse, pues se tendrá claro cuáles serán los conceptos susceptibles de indemnización, lo que, como se precisará posteriormente, es una de las primeras deficiencias de la motivación dentro del distrito judicial de Lambayeque.

Y esto pues, como lo escribe Tomás Aladino Gálvez Villegas, "(...) por tanto, no debe fijarse en forma genérica³⁴, sino que es necesario individualizarla y determinarla en forma prudencial y proporcional a la entidad del daño causado, lo cual resulta compatible con lo establecido en los artículos noventa y tres y noventa y cinco del Código Penal; para ello, debe distinguirse los diferentes tipos de daño, la doctrina lo divide en dos rubros: daño patrimonial —el cual comprende el daño emergente (pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito) y el lucro cesante (se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado, ya sea

³³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.86

³⁴ *Entiéndase la reparación por daños y perjuicios derivados de la comisión del delito.*

por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito),— y el daño extrapatrimonial —el cual comprende tanto al daño moral (definido como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etcétera), como al daño a la persona (entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas)—³⁵, dentro de esta última también se encuentra el daño subjetivo por la muerte de un pariente”³⁶.

Y, como continua precisando Gálvez Villegas, la reparación civil debe determinarse en función de los efectos producidos por el injusto penal; y conforme lo previsto en el inciso segundo del artículo noventa y tres del Código Penal, la reparación civil comprende la restitución del bien y la indemnización de los daños y perjuicios, la cual se deberá imponer conjuntamente con la pena.

Cabe indicar, que el artículo mil novecientos ochenta y cinco del Código Civil establece que la indemnización comprende la satisfacción plena de los daños irrogados a través de lo que la doctrina conoce como reparación integral, satisfecho mediante el pago de una suma de dinero que es referencial, monto que devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

En este orden de ideas, el quantum indemnizatorio, afirma Tomás Gálvez, corresponde a la reparación a las víctimas ocasionadas con la perpetración del ilícito penal, siendo que tales reparaciones no pueden hacer ricas, ni pobres a estas en tanto la finalidad propiamente civil

³⁵ *ESPINOZA ESPINOZA, Juan: Ob. Cit., pp. 92 y 93. Citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 592*

³⁶ *GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 593*

de la reparación civil es, la reparación del daño irrogado por el autor a la víctima.

Debiendo regir además la prohibición de *reformatio in peius*, por la aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, esto es, si no hay petición de una parte recurrente no es posible el incremento del alcance devolutivo del recurso; máxime aún, que la prohibición de reforma peyorativa representa un principio procesal el cual prohíbe que se agraven las penas impuestas (incluye también a la reparación civil), en cuanto implique un perjuicio al recurrente, sin que otra u otras partes lo propicien con su recurso, sería tanto como autorizar que el recurrente pueda ser penalizado por el hecho mismo de interponer este, lo que supondría introducir un elemento disuasivo del ejercicio del derecho a los recursos legalmente previstos, que no sería acorde a nuestra Ley Fundamental, concluye Tomás Gálvez³⁷.

En síntesis, la doctrina plantea como daños a resarcirse de modo general:

<p><u>Daño Patrimonial</u></p> <ul style="list-style-type: none">✓ Daño Emergente✓ Lucro Cesante
--

<p><u>Daño</u></p> <p><u>Extrapatrimonial</u></p> <ul style="list-style-type: none">✓ Daño Moral✓ Daño a la Persona
--

A continuación, siendo que los daños provenientes del delito son solamente una especie de daños dentro del género de daños de la

³⁷ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 593

responsabilidad civil extracontractual, se procede a definir los diferentes tipos de daños independientemente de su conocimiento en el proceso penal o proceso civil.

i. DAÑOS CIERTOS Y EVENTUALES.

El daño, cualquiera sea su naturaleza debe ser cierto para ser considerado dentro de una esfera en la cual pueda ejecutarse una evaluación de carácter económico para así determinarse su reparación; puede tratarse de un daño presente o de un daño futuro, pero necesariamente cierto; no puede ser eventual o hipotético.

De este modo, para que el daño sea cierto, significa que se ha materializado; y si esto no hubiera sucedido, es decir, si el daño fuera solo eventual, o solamente existe una remota posibilidad de la materialidad del mismo, no se podrá decir que estamos ante un daño jurídicamente relevante; en este caso no se podrá exigir una reparación o resarcimiento. Sin embargo, para determinar la certeza del daño, existen dificultades, y no existe uniformidad de criterios en la doctrina al respecto; sin embargo, como refiere Caballero Ospina, en el caso de daños actuales, necesariamente se tendrá que acreditar su materialidad mediante datos objetivos y medibles, en cambio, en el caso de daños futuros, basta con que el juez considere la alta probabilidad de la materialización del daño para amparar su reparación³⁸.

³⁸CABALLERO OSPINA, Jorge: "RESPONSABILIDAD CIVIL", Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá- Colombia,. 1986, pág. 245, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.91.

En esa misma línea, Alexander Rioja Bermúdez, afirma que todo daño a efectos de ser indemnizado debe ser cierto, lo que implica que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia, tal como lo exige además nuestra legislación en el Art. 424º del Código Procesal Civil donde se exige al presentarse toda demanda precisar la concurrencia de los fundamentos de hecho, de derecho y los medios probatorios.

En suma, doctrinariamente se exige que el daño sea cierto o real, esto es, efectivo, donde el daño futuro también es indemnizable, pero en la medida que sea real, esto es, que necesariamente se tenga que producir. En cambio el daño eventual (daño hipotético, fundado en suposiciones) no es indemnizable por ausencia del grado de certeza de su producción³⁹.

ii. DAÑOS DIRECTOS E INDIRECTOS.

Tomás Aladino Gálvez Villegas, afirma que no hay unanimidad para determinarlos, por cuanto no se ha precisado qué elementos deben considerarse para su apreciación; así, se considera que un daño es directo si el hecho causante del mismo lesionó directamente el objeto del interés protegido, y será indirecto, si la lesión no fue directa al objeto de interés; es decir, en la lesión del bien jurídico intervinieron otros factores coadyuvante, o si dentro de la cadena causal, el daño

³⁹ RIOJA BERMÚDEZ, Alexander: "ALGUNOS ALCANCES DE LA EVOLUCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL", <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2010/02/24/algunos-alcances-de-la-evolucion-de-responsabilidad-civil/>, búsqueda del 20.01.17, 3.54 p.m.

obedece a una concausa y no a una causa directa. En otro sentido, se dice que el daño indirecto es el que sufre persona distinta a la directamente afectada. Esta discusión sin embargo es irrelevante, ya que serán resarcibles tanto los daños directos así como los indirectos, siempre, claro está, que sean ciertos y no remotos o eventuales y concurren a su producción los demás elementos propios de la responsabilidad civil⁴⁰.

iii. DAÑOS ACTUALES Y DAÑOS FUTUROS.

Como se precisó en líneas precedentes, son resarcibles tanto los daños actuales como los daños futuros, siempre que concorra un carácter de certeza en su producción.

De este modo es posible afirmar el hecho de que que: "Los primeros⁴¹ son los daños que ya se han producido, es decir están presentes en el momento en que se considera se ha determinado la obligación, se ha producido el hecho o se va a determinar el resarcimiento. Los segundos⁴² son los que aún no se han llegado a producir en dicho momento, pero se tiene la certeza que se producirán.

Ambos tipos de daños son materia de resarcimiento, a condición de que sean ciertos y no meramente hipotéticos"⁴³. En efecto, como lo señala Felipe Osterling Parodi, el juez, sí está autorizado a tener en

⁴⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.92

⁴¹ Léase *daños actuales*.

⁴² *Daños futuros*.

⁴³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.93

consideración los daños y perjuicios futuros, cuando su realización sea cierta y cuando posea elementos que le permitan fijar su cuantía⁴⁴.

Ahora, si se desea establecer una línea de separación entre el "daño actual" y el "daño futuro", es indispensable determinar previamente cual es el criterio que permitiría diferenciar entre estos. A cuyo efecto cabe precisar lo reseñado por Luis Moisset de Espanés, Guillermo Tinti y Maximiliano Calderón, quienes afirman: "Advertimos que toda esa actividad que requiere el litigio, cuya duración se prolonga en el tiempo y se proyecta a lo largo del período que comienza con la deducción de la pretensión ante la justicia, pasa a través de la actividad probatoria desarrollada en el pleito, y termina con la sentencia, debe conceptuarse idealmente como un instante único. El juez, en su sentencia deberá referirse a aquello que se reclamó, alegó y probó, es decir a actividades desarrolladas en momentos anteriores, como si realmente estuviesen fusionados en un instante único, con el momento de la sentencia. La actualidad o futuridad del daño, pues, está referida al "presente" del litigio. Serán daños actuales los anteriores al litigio, los que ya se habían producido en el momento de entablarse la demanda, brindarse la prueba y dictarse el fallo; y daños futuros los posteriores a ese tiempo ideal único que es el pleito"⁴⁵. Se cita como ejemplo, el que si el actor reclama en su demanda intereses y costas, que en ese instante todavía no se han

⁴⁴OSTERLING PARODI, Felipe: "LA INDEMNIZACION DE DANOS Y PERJUICIOS",

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>, búsqueda del 20.01.17 4.10 p.m

⁴⁵MOISSET DE ESPANÉS, Luis; TINTI, Guillermo y CALDERÓN, Maximiliano: "DAÑO EMERGENTE y LUCRO CESANTE"; <file:///C:/Users/usuario/Downloads/danoemergenteylucrocesante.pdf>; búsqueda del 20.01.17, 4.23 p.m.

producido, y que en la sentencia el juez condena a pagar, ello será no como daños "futuros", sino "actuales", porque son concomitantes con el tiempo único del litigio, por lo que se toma a todo el pleito en su conjunto como un "tiempo ideal" único.

h. DAÑOS MATERIALES (O PATRIMONIALES) Y MORALES (O EXTRAPATRIMONIALES)

En este ámbito debemos señalar lo siguiente:

“Los primeros, son los daños concretos o patrimoniales que pueden originarse directamente en forma de privación de un interés respecto de un bien jurídico material o patrimonial. Los segundos son ideales o espirituales⁴⁶; es el daño directo que alguien sufre en un bien de la vida, como salud, libertad, honor, etc., que no pueden ser evaluados patrimonialmente”⁴⁷.

En ese sentido, de la evaluación de la doctrina podemos señalar que es del Common Law, como Sistema Jurídico, de donde se hace una primera referenci al estudio de daños patrimoniales y extrapatrimoniales, hecho que se complementa con el análisis que ejecuta la legislación francesa en donde observamos que hay un detalle mucho más significativo entre las diferencias de daños materiales y morales.

⁴⁶ ZAVALA DE GONZALEZ, "RESARCIMIENTO DEL DAÑO", cit. P. 232. BUERES, "DERECHO DE DAÑOS", cit. P. 288, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.94

⁴⁷ LARENZ, "DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES", cit.p.195, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.94

Mientras que en nuestro sistema jurídico (Romano Germánico)⁴⁸ la clasificación es de materiales y morales, aun cuando el Código Civil se refiere expresamente a daños morales y solo implícitamente a daños materiales⁴⁹; esto es, técnicamente, en el Perú, la clasificación existente es la de daños materiales y morales, cuyo contenido se pasa a analizar a continuación.

i. DAÑO MATERIAL (O PATRIMONIAL)

Este tipo de daño lesiona derechos patrimoniales. Esto es, "(...) 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 *sub judice*, para lo cual, cuando corresponde, el Tribunal fija un monto indemnizatorio que busque compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones que hayan sido declaradas (...)"⁵⁰

Asimismo, el daño material es clasificable en daño emergente y lucro cesante. El resarcimiento debe comprender tanto las pérdidas sufridas por el agraviado (daño emergente), así como la falta de ganancia (lucro cesante), en cuanto sean consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso"⁵¹.

En otros términos, el "daño emergente" es, el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un

⁴⁸ *Entiéndase el sistema peruano.*

⁴⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.94

⁵⁰ *Considerando 213 de la sentencia caso La Cantuta Vs. Perú 29 de noviembre de 2006 Corte Interamericana de Derechos Humanos*

⁵¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.97

derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio, mientras que el "lucro cesante", en cambio, contempla la ganancia frustrada, esto es los daños que se producen por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido⁵².

j. DAÑO MORAL (O EXTRAPATRIMONIAL)

Históricamente, se tiene el hecho de que es "un elemento novedoso que se introduce, en cambio, con la difusión (ya en la primera mitad del s. XIX, en Francia, y en una fase posterior en los dos sistemas, inspirados en el Code Civil) de la idea de que el título para el resarcimiento no sólo corresponde a aquel que ha sido damnificado en su patrimonio, sino también a aquel que ha sufrido un perjuicio "moral". La categoría del daño "moral" es construida paralelamente a la de daño en sentido propio, o "patrimonial"⁵³

Sin embargo, ¿cuándo se comienza a desarrollar el concepto de "daño moral" en nuestro sistema? Ante esta cuestión podemos señalar como respuesta, que, "si nos ceñimos a la jurisprudencia española, se cuenta con una fecha precisa de reconocimiento de la figura, la cual se enuncia, por primera vez, en la sentencia del Tribunal Supremo del 6 de diciembre de 1912, relativa a un caso de ofensa contra el honor de una dama, perpetrada por un periódico de gran circulación -"El

⁵² MOISSET DE ESPANÉS, Luis; TINTI, Guillermo y CALDERÓN, Maximiliano: *Ob. Cit.*, pág.3.

⁵³ H.L. y J.MAZEAUD y A.TUNC: "TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DE LA RESPONSABILITÉ CIVIL", sexta edición., Paris, 1965, pág.395, citado por ALPA, Guido: "ESTUDIOS SOBRE LA REPARACIÓN CIVIL", traducción y edición: LEÓN, Leysser, primera edición, editorial ARA, Lima, 2001, pág.292

Liberal"-, donde la susodicha fue acusada "de haber fugado con un fraile capuchino, del que había tenido escandalosa sucesión""⁵⁴.

En este punto, debemos señalar que, "En aquel histórico fallo se lee: "El juzgador, valiéndose de las reglas de equidad, que son máximas elementales de justicia universal, se limita, como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya «preexistentes», que definen el daño en sus diversas manifestaciones para justificar, toda vez que es indiferente pedirla por acción civil o penal, una indemnización pecuniaria, que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los *daños morales* directamente causados a la joven Mussó, y que llevan consigo, como conseqüenciosos naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales [...]"⁵⁵.

⁵⁴ La reseña del caso es de Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: "Derecho de daños", Civitas, Madrid, 1999, pág. 96. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 197

⁵⁵ Citado por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op. cit., pág. 97. También ROCES, op.cit., pág. 298, dedica algunas líneas al análisis de esta sentencia, y concluye: "[...] sabido es que el «valor de afección» representa un incidente extrapatrimonial de daños materiales irrogados en cosas. Cuando el quebranto causado a éstas o su destrucción o pérdida asuma figura delito, no se eximirá el causante con la verdadera «indemnización»: resarciendo al lesionado el «interés», o sea, el valor que la cosa represente dentro de su patrimonio, sino que, en castigo y por modo excepcional, deberá reparar también en lo posible el quebranto afectivo que el perjudicado sufra. Mas aquí estamos ya fuera de la órbita conceptual del «daño civil» y del concepto genuino de «indemnización». LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 198

En esa línea, "en cuanto al daño inmaterial⁵⁶, se expresa que éste "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, y el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones, de carácter no-pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia""⁵⁷.

Así pues, entre un conjunto muy amplio de definiciones, pero para efectos de la presente tesis podemos detallar las siguientes fórmulas conceptuales encontradas en la bibliografía que hemos utilizado para una mejor apreciación teórica del tema en desarrollo:

- a) "El daño moral supone la privación o disminución de bienes no económicos que tienen un valor singular para la persona humana, como son la paz, la tranquilidad espiritual, la libertad, el honor, la integridad física y los más sagrados afectos y sentimientos. Tiene una función satisfactoria frente a los matices espirituales del sufrimiento, reparadora del dolor, del sufrimiento y hasta de la frustración de un proyecto existencial. El deber de quien dañó no es la reconstrucción del patrimonio – como sucede en la reparación del daño material-, sino un deber puramente reparatorio de bienes no mensurables, pues la compensación pecuniaria no suprime el daño inmaterial, sino

⁵⁶ *Entiéndase daño moral para la presente investigación.*

⁵⁷ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit*, pág. 293

que procura una satisfacción o distracción del dolor causado al accionante”⁵⁸.

b) “(...) puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a 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 o su familia. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad, (...)”⁵⁹

c) “Constituye toda modificación desvaliosa del espíritu, puesto que puede consistir en profundas preocupaciones, o en estados de aguda irritación que afectan el equilibrio anímico de la persona⁶⁰. Sin embargo, no constituye título para hacer indemnizable cualquier inquietud o perturbación del ánimo y no tiene por finalidad engrosar la indemnización de los daños materiales, sino mitigar el dolor o la herida a los principios más

⁵⁸ AZPEITÍA, Gustavo Alberto: “EL DAÑO A LAS PERSONAS. SISTEMAS DE REPARACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA”, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, pág.44

⁵⁹ Considerando 216 de la sentencia caso La Cantuta Vs. Perú 29 de noviembre de 2006 Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁶⁰ SCBA, 20/9/94, JA, 1995-IV-187, secc. índice, n° 9; TTrab n° 3 La Plata, 22/6/95, DT, 1996-A-1101. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: “CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO”, ob.Cit., pág., 129

estrechamente ligados a la dignidad de la persona física y a la plenitud del ser humano⁶¹.

d) "El *daño moral* es el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil"⁶².

e) "En palabras de Renato Scognamiglio, "deben considerarse daños morales [...] aquellos que se concretan [...] en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso"⁶³.

f) "Es el menoscabo de los sentimientos, consistentes en padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualquiera otras dificultades o molestias que pueden ser objeto del hecho perjudicial"⁶⁴ (CContAdm y Trib CABA, Sala II, 12/2/00, "Stumbolo, Zulema C. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Dirección General de Obras Públicas s/daños y perjuicios", expte. 2575/00, inédito).

⁶¹ CNFedCivCom, Sala II, 12/9/96, LL, 1996-E-665, 39.087-S; CN Civ, Sala C, 23/11/93, JA, 1994-11-196; id., id., 31/8/93, LL, 1994-B-583, y DJ, 1994-2-24; id., id., 13/10/92, LL, 1993-C-288; CNCom, Sala C, 20/8/93, LL, 1994-E-5, y ED, 158-285; SCBA, 20/9/94, DJBA, 147-7293. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob.Cit. pág., 130

⁶² LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 190

⁶³ SCOGNAMIGLIO, Renato, voz "DANNO MORALE", en *Novissimo Digesto italiano*, voi. V, Utet, Turin, 1960, pág. 147. Citado por LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 190

⁶⁴ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit., pág., 304

g) "Ya hemos visto como el daño moral afecta un aspecto del ser humano que es el sentimiento; de allí que la idea, frente a un proceso de lesión, es que los síntomas se manifiesten por medio del dolor, sufrimiento, congoja, etcétera⁶⁵. El Diccionario de la Lengua Española define al dolor como una "sensación molesta y aflictiva", un "sentimiento de pena y congoja", y al doliente como el "enfermo, que padece enfermedad". Por último, define al sufrimiento como "padecimiento, dolor, pena". Por su parte, congoja significa "fatiga, angustia y aflicción del ánimo", términos profundizados por seguidores de Lacan⁶⁶. El significado de estos términos y la jurisprudencia citada hasta aquí, nos permiten elaborar el siguiente concepto (sociológico, más que

⁶⁵ El Diccionario de la Lengua Española nos remite al vocablo "sentir", y de él dice: "Experimentar sensaciones producidas por causas externas o internas". En cuanto a las últimas, tienen que ver fundamentalmente con los instintos, palabra ligada a las "reacciones animales" que obedecen a razones profundas sin que se percate de ello el que las realiza o siente, es decir, los síntomas del sentimiento son "aculturales". Por el contrario, cuando responden a causas externas dependen de la intensidad y el grado de culturización. En este sentido, la noción de sentimiento es sin duda un espacio simbólico, de configuración finita proveniente de lo fenomenológico, propio de estudios antropológicos, sociológicos y psicológicos, que posee la característica esencial de ser un mecanismo que escapa al campo de la lógica formal del razonamiento -relativamente-; por eso se lo ha definido como un elemento propio sustancial (al contrario de lo funcional-racional), pero que a pesar de ello no escapa a las diferencias sintomatológicas de las posiciones o clases sociales (de allí su apuntada relatividad). Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 179

⁶⁶ Harari dice: "Con la mención a algo que quiere decirse por medio de la angustia, ya estamos avanzando sobre una idea que se halla en Freud y que Lacan rescata en su justo valor, destacando que se encuentra en los inicios mismos de su derrotero: la angustia es una señal. El mero hecho de apuntar esto implica considerarla como algo que remite a otro orden. No se trata, pues, de un fenómeno autorremisible, sino que, por el contrario, posee una condición de reenvío a otro régimen. O sea que no se representa a sí misma" (El seminario. "La angustia de Lacan": una introducción, p. 17). Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 180

jurídico) del daño moral: es la aflicción del ánimo, del sentir, que causa sin duda dolor y que produce el estado de enfermedad, concebido éste como una situación desvaliosa”⁶⁷.

h) “El daño moral es la lesión a los sentimientos o afecciones legítimas, susceptibles de apreciación pecuniaria. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio de enjugar, de modo imperfecto, pero entiendo que eficaz para el reclamante, el detrimento que de otro modo quedaría sin resarcir. Siendo eso así, de lo que se trata es de reconocer una indemnización pecuniaria que haga asequible algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido (CNCiv, Sala II, 16/4/05, "M. A. M. c/P. C. R., y otros s/daños y perjuicios", inédito). En cuanto al daño moral, se ha expresado en orden a su determinación que no debe cuantificarse sobre la base de la mera prudencia prescindiendo de parámetros tales como la edad de la víctima o la gravedad del daño, valorando las particularidades del caso; se procura producir con la reparación placeres compensatorios, debiendo tenerse en cuenta el contexto del país en general, el estándar de vida (ST Paraná,

⁶⁷ *El espacio social de los valores y los desvalores, como posiciones contradictorias y coexistentes, es construido desde la cultura, y la distinción representa un significado simplificado de una dimensión amplia del capital global existente a partir del efecto general de dominación y distribución social de valores posibles, conforme al peso relativo y como toma de posición social. El espacio de estas disposiciones o hábitos corresponde al sistema, conforme a prácticas históricas, producto también de condicionamientos que reproducen las características intrínsecas de un modo de vida. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLOGICO", ob.Cit., pág., 181*

Sala CivCom, 2/9/04, "Braidat, Daniel A. c/Trulls, Ana M. s/sumario", expte. 17.563, inédito"⁶⁸

- i) "El daño moral, consistente en el sufrimiento, dolor o afección intensa que es de naturaleza subjetiva constituye una afectación al espíritu"⁶⁹
- j) "Apunta a indemnizar la lesión de bienes extra patrimoniales, como es el derecho al bienestar o a vivir con plenitud en todos los ámbitos (familiar, amistoso, afectivo), y supone la privación o disminución de bienes tales como la paz, la tranquilidad del espíritu y la integridad física"⁷⁰
- k) "Se ha dicho que es aquel que se manifiesta a través de los padecimientos y molestias que lesionan las afecciones legítimas de los damnificados, concepto que demuestra el intento de resarcir aspectos propios de la órbita extra patrimonial"⁷¹.

⁶⁸ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob.Cit., pág., 308

⁶⁹ ZAVALA DE GONZALEZ, "RESARCIMIENTO DEL DAÑO", cit. P. 232. BUERES, "DERECHO DE DAÑOS", cit. P. 304, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.94

⁷⁰ CNCCom, Sala B, 9/5/97, LL, 1997-E-352; CNCiv, Sala G, 24/8/95, DJ, 1996-1-768; id.. Sala E, 30/10/92, LL, 1993-A-452, y JA, 1993-11-327; id., Sala J, 17/10/91, LL, 1993-C-450; id., Sala K, 15/4/92, LL, 1993-D-544. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. cit., pág., 132

⁷¹ CNCiv, Sala G, 29/5/92, LL, 1993-D-543; id., Sala J, 21/5/ 92, LL, 1993-C-I 14; id., id., 1/6/93, LL, 1993-E-109; id., Sala L, 29/11/93, LL, 1994-E-698; id., id., 27/2/95, LL, 1996-D-667; CS SFe, 29/12/93, DJ, 1994-2-50. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit., pág., 132.

- l) CAS. N° 949-95: "El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual. El legislador nacional ha optado por la reparación económica del daño moral, el que es cuantificable patrimonialmente, y su resarcimiento, atendiendo a las funciones de la responsabilidad civil (reparatoria, disuasiva y sancionatoria), debe efectuarse mediante el pago de un monto dinerario, o en su defecto, a través de otras vías reparatorias que las circunstancias particulares del caso aconsejen al juzgador.
- m) CAS. N° 1070-95: "Si bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que este es el daño no patrimonial inferido en derecho de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual".
- n) CAS. N° 231-98: "El daño moral es un daño extra patrimonial que afecta a los derechos de la persona, el cual puede ser indemnizado atendiendo a su magnitud y al menoscabo producido a la víctima y a su familia. Para interponer demanda

sobre indemnización de daño moral, la norma procesal no exige vía previa".

En síntesis, de todo lo detallado, se puede plantear el que de acuerdo con distintos pronunciamientos, se puede extraer como características del daño moral:

- a) Supone la privación o disminución de BIENES NO ECONÓMICOS que tienen un valor singular para la persona humana, como son la paz, la tranquilidad espiritual, la libertad, el honor, la integridad física. En otras palabras, afecta un aspecto del individuo de naturaleza subjetiva, constituyendo así una afectación al espíritu de este, en el cual los síntomas se manifiestan por medio del dolor, sufrimiento, congoja, etcétera.
- b) Tiene una función satisfactoria frente a los matices espirituales del sufrimiento, reparadora del dolor, del sufrimiento y hasta de la frustración de un proyecto existencial.
- c) La compensación pecuniaria no suprime el daño inmaterial, sino que procura una satisfacción o distracción del dolor causado al accionante

Técnicamente, como se ha precisado en líneas previas, la clasificación de daño adoptada por el Perú es de daño moral y daño material, por lo que el daño moral englobaría en su contenido a cualquier daño inmaterial, incluso al daño a la persona, pese a lo cual la postura del legislador peruano ha sido considerar al daño a la persona como una

categoría independiente. En efecto, siendo que en doctrina existe cierto debate respecto a si el daño a la persona está contenido en el daño moral, o el daño moral contiene al daño a la persona, y siendo que en sentido lato a nivel de la legislación peruana el daño es clasificable en daño moral y daño material, el criterio que se sostiene en la presente investigación es el que el daño a la persona también estaría contenido en el daño moral, lo que se tendrá ocasión de señalar detenidamente en los acápites posteriores.

Así, pues, Gálvez Villegas escribe: "(...) En realidad, el daño moral abarca a todos los tipos de daños no apreciables en dinero, como el sufrimiento, la afección, la pena o la afectación del sentimiento de la propia dignidad, y ciertos daños de los llamados contra la persona (...)"⁷².

Con respecto a los síntomas, se debe precisar el que el dolor, la angustia, la tristeza, la pérdida del deseo de vivir son posibles manifestaciones o una de las maneras en que el daño moral puede exteriorizarse. Sin embargo, cabe la posibilidad de que, aun sin lágrimas o sin percepción sensitiva del menoscabo padecido, exista daño moral⁷³.

En efecto, como escribe Carlos Alberto Gherzi, "Los testigos sólo indican esas posiciones situacionales, pero es el perito quien realiza la interpretación científica, es decir, se trata de una evaluación del

⁷² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.95

⁷³ CFed Córdoba, Sala B, 6/3/96, LLCórd, 1996-823; CNCiv, Sala J, 23/6/92, LL, 1993-C-450. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLOGICO", *ob. Cit.* pág., 132

sujeto (por medio de tests) y de sus manifestaciones externas (signos, síntomas o lenguaje) que permiten establecer un diagnóstico (intensidad del daño a los sentimientos o daño moral)”⁷⁴.

k. DEL DAÑO MORAL COMO CATEGORÍA NO RESARCIBLE.

Sobre este punto, señalamos la siguiente referencia: “(...) Cario Francesco Gabba (1838-1920) anotaba: "Creo admisible que se deben reparaciones pecuniarias por ofensas morales, esto es, no patrimoniales, como muertes, heridas, mutilaciones, enfermedades producidas, ofensas al honor, al decoro, al pudor y otras, que traen consigo daño patrimonial a la víctima o sus herederos, y que estos pueden pedirla, tanto *jure baereditatis* como *jure proprio*, [...]. Pero se deben resarcir *sólo* las consecuencias patrimoniales de aquellos daños, y deben valuarse por sí, no mezcladas con la reparación de la ofensa moral, por sí misma considerada. No admito, en cambio, que se pueda pedir, como derecho civil, el resarcimiento de los daños morales verdaderos y propios, ya consistan: a) En disminución de prendas personales o físicas, como la belleza, o morales, como la virginidad, el pudor, la consideración pública; o b) en padecimientos, sean *físicos*, procurados a la víctima de una lesión corporal, por la enfermedad más o menos larga causada por la lesión; o por la muerte, sean *morales*, perturbación, disgusto, causados por la ofensa física o moral al ofendido o a otras personas, o, finalmente, c) en la privación impuesta al ofendido o a terceras personas, de la posibilidad de conseguir por sí mismas, o por otras, ciertas ventajas morales, como el matrimonio, la educación: Todos estos daños, considerados

⁷⁴ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. cit. pág., 133

que sean, aparte de los matrimoniales provenientes de la misma causa, creo no puedan estimarse en dinero, ni con dinero resarcirse"⁷⁵.

En ese sentido, se tiene el que la reacción de Gabba, quien llega a sostener, en otro de sus estudios, que el "resarcimiento" del daño moral es, sencillamente un "imposible jurídico"⁷⁶, es entendible.

Complementa esta posición teórica, el profesor Leysser León, quein señala: "Se trata, en efecto, de un escrito de fines del siglo XIX, elaborado cuando comenzaba a difundirse en el medio italiano una creación conjunta del derecho común alemán, donde las lesiones al cuerpo y al honor legitimaban a recibir "dinero del dolor" (tal es el significado literal de *Schmerzengeld, pretium doloris*)"⁷⁷, y de la

⁷⁵ GABBA, *op. cit.*, vol. II, págs. 247-248, y en la edición en castellano, vol. II, págs. 263-264 (las cursivas son del autor). Citado por LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 193

⁷⁶ GABBA, "NUOVECONSIDERAZIONI INTORNO AL RISARCIMENTO DEI COSIDETTI DANNI MORALI", en *ID.*, *Nun ve questioni di diritto civile*, 2A. ed., vol. I, Fratelli Bocca Editori, Milán, Turin y Roma, 1912, pág. 241: "la imposibilidad material, por decirlo así, y en consecuencia, la imposibilidad jurídica, de valorizar en dinero estos sufrimientos, la inmoralidad de la concepción de que el dinero enjuga las lágrimas, la ausencia de un criterio preciso en la determinación de las personas que pueden sobrellevar un daño moral causado por sufrimiento de ánimo por daño material sufrido por otra, son las principales razones con las que he combatido, y por las cuales considero antijurídica, la doctrina del resarcimiento de semejantes daños morales" (las cursivas son del autor). Citado por LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 194

⁷⁷ La expresión ya figura en el *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten*, el "Código general para los Estados prusianos" de 1791, en vigor desde 1794 con la denominación de *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, esto es, "Derecho común del territorio para los Estados prusianos", o simplemente ALR. En efecto, en el § 113 de dicho texto se señala: "Der Betrag dieses Schmerzengeldes ist nací, dem Grade der ausgestandenen Schmerzen, jedoch ::jcht unter der Halste, undnicht über den doppelten Betragder erforderlichen Kiirkostenricbterlich zu

corriente jurisprudencial francesa del *dommage morale*. Pero el autor italiano se cuida de exigir la "necesaria distinción entre perjuicios a la persona que son resarcibles, en tanto daños patrimoniales indirectos (muertes o heridas) y daños morales irresarcibles, porque no son capaces de lesionar el patrimonio, ni tampoco un objeto exterior y visible (disminución de valores personales, físicos y morales; dolores físicos o sufrimientos de ánimo; privación de ventajas morales)"⁷⁸.

En otro ámbito complementario, Wenceslao Roces (1897-1992) alegaba que la función inseparable y característica de la "indemnización" era la función de "equivalencia", porque ella "tiende necesariamente a sustituir los valores destruidos o quebrantados por el evento dañoso con otros nuevos, que los reponen y [...] nivelan la «diferencia» en que [...] consiste el daño. Y esta operación jurídica requiere por fuerza valores e intereses cifrables en dinero, por representar éste el valor común mediante el cual se establece la equivalencia. Sólo los bienes y derechos patrimoniales son «tasables en dinero» [...]. No es que se estime inmoral o degradante cifrar en dinero los demás bienes legítimos de la persona: Es que estos escapan, por esencia, a aquella posibilidad niveladora y equivalencial. [...]. En segundo término, toda demanda de indemnización por quebrantos morales, choca forzosamente contra el principio [...] de la

bestimmen" ["El monto del pretium doloris depende del grado del dolor sufrido; sin embargo, no puede ser menor que la mitad ni superior al doble del monto del costo del tratamiento judicialmente determinado"]. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 194

⁷⁸ La observación es de Emanuela NAVARRETTA, "ART. 2059 C.C. E VALORI COSTITUZIONALI: DAL LIMITE DEL REATO ALIA SOGLIA DELLA TOLLERANZA", en "Danno e responsabilità", 2002, pág. 865. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 195

efectividad y fijeza del daño. Precisamente por tratarse, según el consabido tópico, de perjuicios "irreparables", la alegación del daño moral no logra nunca sobreponerse a una vaguedad de contornos y a una arbitrariedad en la liquidación, que son consustanciales a su naturaleza⁷⁹.

Sin embargo, dicha posición doctrinal ya ha sido superada actualmente, y esto pues, queda fuera de dudas el que el daño moral sí es susceptible de reparación, en cuyo contexto se presentan como máximas judiciales tomadas del volumen de la asociación "No HAY DERECHO", *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*, Ediciones Legales, Lima, 2002, págs. 594-595:

CAS. Nº 1125-95: "La impugnada emite una errada apreciación conceptual del daño moral al señalar que este, no teniendo contenido patrimonial, no puede ser expresado en términos económicos, toda vez que el daño material no ha sido probado; por lo que, de esta manera, se desconoce la autonomía del daño moral como auténtico instrumento reparador del perjuicio ocasionado en la víctima cuando dicho daño efectivamente se ha irrogado".

Así como en:

⁷⁹ ROCES, Wenceslao, "BREVES ACOTACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE REPARACIÓN DE DAÑOS EN EL DERECHO ESPAÑOL", apéndice a su traducción al castellano de la obra de Hans Albrecht FISCHER, *Der Schaden nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich* (Jena, 1903), publicada con el título *Los daños civiles y su reparación*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, págs. 296-297. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 195

CAS. N° 31-96: "Si bien es cierto que en doctrina se discute la reparación económica del daño extra patrimonial, aparece del texto de los artículos 1322, 1984 y 1985 del Código Civil vigente que el legislador optó por dicha solución, decisión a la que debe atenerse el Juzgador conforme a los artículos Sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil y Sétimo del Título Preliminar del Código Civil".

Así, se asume de estas casaciones, el que si bien no puede ser cuantificado el daño moral, al no tener contenido patrimonial y no haber sido probado, criterio de cierta parte de la doctrina, devendría en más perjudicial el que este daño no sea materia de indemnización a que haya errores en su cuantificación, lo que incluso ha sido regulado por el Código Civil. Y esto último, pues, en efecto, tal como se expresa en CAS. N° 31-96, el daño moral sí ha sido regulado por el Código Civil de 1984:

Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Artículos del Código Civil que, demuestran el que para el legislador peruano, el daño moral sí es resarcible, pese a lo que, claro está, es de difícil resarcimiento, y crea un margen muy amplio de discrecionalidad para el juzgador, lo que es en síntesis objeto de estudio en la presente tesis.

Sin embargo, también es necesario precisar el que "Por la misma razón, hay que admitir que es cuestionable hablar de "resarcimiento" o "indemnización" del daño moral, y que estamos más bien ante una mera satisfacción "que el juez cree oportuno asignar al agraviado para mitigar el quebranto que el mal causado le produce -«los duelos con pan son menos» (...)"⁸⁰. Es que, uno de los aspectos por los que se cree no debería ser indemnizable el daño moral, sería, además de lo precisado, en la medida del criterio de que la indemnización empezaría a adoptar un carácter más sancionatorio que resarcitorio. En efecto, se afirma en dicha línea el que "(...) el daño moral tiene carácter punitivo, que es una sanción ejemplar para castigar al ofensor (...)"⁸¹. Algunas citas de pronunciamientos de judicaturas extranjeras, al respecto, son: A) "El daño moral no es indemnizable porque el dolor no se tarifa ni se paga"⁸². B) "La reparación del daño moral es una pena civil contra el

⁸⁰ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 200

⁸¹ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", *ob.cit.*, pág., 135

⁸² CNCiv, Sala A, 14/8/76, ED, 72-136. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", *ob.cit.*, pág., 136

responsable del delito o cuasidelito"⁸³. C) "La condena por reparación del agravio moral constituye una verdadera pena privada contra el responsable mediante la cual se reprueba la falta cometida"⁸⁴. Así, quienes se enrolan en esta postura consideran que sería totalmente inmoral entregar dinero a cambio del dolor sufrido. Lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor⁸⁵/⁸⁶.

Contrario a ello se presenta como posición mayoritaria el que "(...) el daño moral se debe reparar y reviste carácter resarcitorio. En este sentido, Zannoni ha dicho lo siguiente: "Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y, más aún, que ese dolor o, en general, sentimientos que el daño provoca 'no tengan precio', no significa que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria. Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etcétera. La apreciación pecuniaria cumple, más bien, un rol satisfactivo, en el sentido de que 'se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se acuerda al ofendido el medio de procurarse

⁸³ CNCiv, Sala A, 17/5/77, ED, 75-248. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACIÓN ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit., pág., 136

⁸⁴ CNEspCivCom, Sala III, 24/4/79, RepED, 13-296, sum. 50. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 136

⁸⁵ Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, p. 199. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 136

⁸⁶ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob.cit., pág., 136

satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas"⁸⁷. Donde, siguiendo esta corriente de pensamiento, en algunas sentencias extranjeras se ha afirmado:

1. "El daño moral existe cuando se lesionan derechos de las personas, que si bien son extraños a valores económicos, su reparación tiene un carácter resarcitorio y no sancionatorio o ejemplar, en tanto lo que se trata de lograr a través de la indemnización es una compensación que en alguna medida morigere los efectos del agravio moral sufrido"⁸⁸.
2. "Los bienes extrapatrimoniales expuestos a ser objeto de daños, no son naturalmente reponibles, pero pueden derivar en reparación satisfactoria, que no es pena represiva"⁸⁹.
3. "Dado que el daño moral tiene naturaleza resarcitoria, no resulta exigible la existencia de dolo para su procedencia"⁹⁰.

⁸⁷ ZANNONI, "El daño en la responsabilidad civil", p. 200; dice también que "no se trata de 'dolor con placer se paga', ni de poner precio al dolor" (p. 202). Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit., pág., 136

⁸⁸ CNCom, Sala E, 7/9/90, LL, 1990-E-540; CNFedContAdm, Sala I, 10/5/90, LL, 1990-D-449; id., id., 25/6/91, LL, 1992-E-53; CNCiv, Sala A, 6/6/90, LL, 1991-A-198; id., Sala D, 19/10/90, LL, 1992-C-242; CNFedCivCom, Sala II, 5/5/92, LL, 1992-E-231; id., id., 11/2/97, LL, 1997-C-968; id., Sala III, 12/12/90, LL, 1991-C-227, y DJ, 1991-2-173; CCivCom Morón, Sala II, 3/10/95, LLBA, 1996-732. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit., pág., 137

⁸⁹ CNCiv, Sala C, 25/9/85, LL, 1986-E-507, voto del doctor Ci-fuentes, con nota de Brebbia, Carácter de la suma de dinero entregada a la víctima de un daño moral. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit., pág., 137

⁹⁰ C.NCiv, Sala C, 28/9/95, LL, 1996-C-789, 38.774-S. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 137

4. "La reparación del daño moral no juega como sanción, pues nada de ello surge del art. 1078 del Cód. Civil, lo que ocurre es que al ponderar la magnitud del daño, debe mentarse la intensidad de los padecimientos, que se magnifican ante la desaparición de una persona, de una manera extemporánea, abrupta e intempestiva"⁹¹.

5. A través de la indemnización del daño moral no se pretende sancionar al deudor sin resarcir a la víctima que sufrió lesiones en bienes extrapatrimoniales"⁹²"⁹³

Por ello, "De igual forma, y desde una perspectiva funcional, se ha logrado hacer evidente una peculiar función de la responsabilidad civil en el caso del daño moral"⁹⁴. En esa misma línea, se tiene el que "Una consideración similar (...) ha llevado a De Trazegnies a opinar que el derecho "debe reflejar las convicciones de la comunidad en la que será aplicado. Y parecería que en nuestro medio, el hecho de que, tratándose de situaciones particularmente dramáticas, no se abone una indemnización por daño moral sería más chocante que la idea de que, a través del daño moral, la indemnización quede convertida en un castigo"⁹⁵, y que "el mal

⁹¹ C.NCom Morón, Sala II, 3/10/95, LL, 1996-732. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 137

⁹² CNCiv, Sala F, 1/7/93, LL, 1993-D-543. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob.cit., pág., 138

⁹³ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob.cit., pág., 138

⁹⁴ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 198

⁹⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, "DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL NO DERIVADA DE ACTO JURÍDICO", ob. cit., pág. 414. León, Leysser: "LA

llamado daño moral es, en realidad, un daño patrimonial, económico; pero cubre todos estos aspectos en los que el menoscabo es difícil de probar cuantificadamente; razón por la cual se le otorga al juez una mayor libertad para determinar la indemnización mediante el recurso a crear doctrinariamente una categoría elástica, que no requiere de una probanza estricta, a la que se denomina daño moral. En última instancia, el daño moral resulta simplemente un expediente para facilitarle al juez la fijación de una indemnización a su criterio, y facilitarle a su vez al demandante su acción, evitándole la necesidad de probar cuantitativamente ciertos aspectos del daño que reclama"⁹⁶.

Sin embargo, como lo expresa el profesor Leysser León, posición que también se comparte, "Como quiera que sea, y he aquí mi discrepancia respecto de los señalado por el profesor De Trazegnies, el daño moral no es patrimonial, ni cambia de naturaleza como efecto

RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 196

⁹⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, "POR UNA LECTURA CREATIVA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL", en AA.VV., Para leer el Código Civil, I (1984), reimpresión, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, pág. 210. Ya José LEÓN BARANDIARÁN, Tratado de derecho civil, t. IV, Teoría general del contrato (la obra es de 1952), WG Editor, Lima, 1992, pág. 420 advertía: "Hay dificultad -claro está- en precisar en términos pecuniarios un sentimiento, un afecto, un dolor. [...]. Pero más grave que todo, más injusto, es dejar impune, en base a tales consideraciones objetantes, un daño, un mal que se ha padecido en lo más delicado y sagrado del existir humano: el sentimiento. Esta consideración fundamental aniquila la fuerza de sus contrarias, una de mero predicamento fáctico (la dificultad en la determinación del quantum de la reparación), otra de simple valor efectista (que los sentimientos no deban ser objeto de tráfico pecuniario), y la tercera, que apunta únicamente a una posibilidad circunstancial (la especulación, el que se explote, se haga chantaje o se engendren «codicias agresivas»". LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 196

de la cuantificación efectuada por el juez"⁹⁷. Y es que, respecto a una especie de cambio de naturaleza, la situación es similar a la que se verifica cuando toca pronunciarse sobre la patrimonialidad de la relación obligatoria.

Así, como se sabe, en el caso de una relación intersubjetiva, la patrimonialidad de la conducta de uno de los sujetos no conduce, necesariamente (por reflejo), a que la del otro se haga patrimonial; no es seguro, entonces, que una relación de estas características merezca el amparo del derecho, ni tampoco que ambas conductas sean consideradas obligatorias.

El cumplimiento de deberes derivados del matrimonio (la asistencia recíproca o la fidelidad conyugal, por ejemplo) o de la paternidad (la educación de los hijos, por ejemplo), no podría ser objeto de una contraprestación en dinero; y aunque ocurriera lo contrario, el pacto de una retribución económica no volvería patrimonial, sin más, el contenido de la relación, lo que equivale a decir que ésta no tendría relevancia jurídica como obligación⁹⁸.

No obstante, cabe precisar también el que, "Para el caso del daño moral, se ha sostenido que la función de la responsabilidad civil es

⁹⁷ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 198

⁹⁸ Como señala C. Massimo BIANCA, *Diritto civile, 4, L'obbligazione* (1990), reimpresión, Giuffrè, Milán, 1999, pág. 82: "el deber jurídico privado de contenido patrimonial no está comprendido en la noción normativa de obligación, pero siempre que tenga un válido título, legal o negocial, es siempre un deber jurídicamente vinculante y su regulación puede deducirse en vía analógica de la regulación dictada para las obligaciones". LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 198

más bien *aflictivo-consolatoria*, o sea, mitigadora del sufrimiento, debido a la imposibilidad de "reparar" éste, en sentido estricto: "La función eminentemente aflictivo-consolatoria del resarcimiento del daño extra patrimonial queda así configurada como una manifestación de la función satisfactoria de la responsabilidad civil desde una perspectiva diádica, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquél"⁹⁹". Y ello, por ejemplo, en el caso de los delitos contra la libertad sexual, ante el abuso sexual a una joven universitaria por parte de tres sujetos en estado de ebriedad, al ordenarse determinado monto por concepto de reparación civil, así este sea de miles de soles, jamás dicha cantidad dineraria podrá reparar el daño a la integridad física de esta joven, pese a lo que, en efecto, si constituiría una especie de "(...) satisfacción o distracción del dolor causado al accionante"¹⁰⁰.

⁹⁹ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "LAS TRANSFORMACIONES FUNCIONALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LA ÓPTICA SISTÉMICA (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del "civil law")", en ALPA, Guido; BIANCA, C. Massimo; CORSARO, Luigi; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón; FRANZONI, Massimo; MONATERI, Pier Giuseppe; SALVI, Cesare; y Piero SCHLESINGER, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, trad. y ed. al cuidado de Leysser L. LEÓN, ARA Editores, Lima, 2001, pág. 270. Por función "satisfactoria", el autor entiende (ivi, pág. 278) la "garantía de consecución de los intereses que merecieron juridicidad por el orden jurídico, incluida la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés". Para un análisis de las tres posibles funciones del resarcimiento (punitivo-aflictiva, resarcitoria y consolatorio-satisfactiva), en el caso del daño no patrimonial, se puede consultar FRANZONI, Massimo, "La función del resarcimiento del daño no-patrimonial", trad. del italiano de G. FERNÁNDEZ CRUZ y Leysser L. LEÓN, en "De Iure", año 1, núm. 1, Lima, 1999, págs. 21 y sgtes. En opinión de CORSARO, "Concetto e tipi di danno", en PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, ESI, Nápoles, 1997, pág. 656, la ley admite la conversión a una suma de dinero del daño no-patrimonial, "en virtud de las finalidades compensatorias que persigue el sistema resarcitorio". LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 199

¹⁰⁰ AZPEITÍA, Gustavo Alberto: Ob. Cit., editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, pág.45

Mientras que, por su parte, Adolfo Di Majo, señala el que prefiere hablar de *función compuesta*, porque, mediante la reparación del daño moral "por un lado, se tiende a brindar una forma de satisfacción o gratificación a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un *beneficio económico* -y al respecto, es innegable que el dinero también puede servir para dicho fin- y, por otro lado, para *sancionar* el comportamiento del responsable de la infracción"¹⁰¹.

Sin embargo, es cuestionable el que se asuma a la reparación civil con un fin sancionatorio, pues como se tendrá ocasión de precisar, en el criterio asumido por el legislador peruano la reparación del daño, y específicamente moral, contiene un carácter resarcitorio, que busca reparar en la víctima del daño causado, siendo la pena la encargada de sancionar el comportamiento delictivo; esto es, la reparación civil ve a la víctima como el centro de su función, como la justificación de su existencia, donde su única finalidad va en cuanto reparar (o mitigar en el caso del daño moral) el daño causado, al ser la persona humana y el respeto de su dignidad el *príus* del Estado de Derecho.

Ahora, regresando a la idea ya mencionada de que el daño moral englobaría en su contenido a cualquier daño inmaterial que padezca la víctima, a continuación se efectuará el análisis pertinente respecto de los otros daños recogidos en doctrina (daño al proyecto de vida, daño biológico, daño psicológico, daño a la persona), a fin de considerar sus notas características.

¹⁰¹ Di MAJO, Adolfo, "LA TUTELA CIVILE DEI DIRITTI", tercera edición., Giuffrè, Milán, 2001, pág. 249. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 200

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DEL DAÑO A LA PERSONA

1. DAÑO A LA PERSONA

Proporcionando fundamentos teóricos iniciales, definimos el "daño a la persona", como:

- a. "El *daño a la persona* es el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil"¹⁰².
- b. "De modo más restringido, el daño a la persona sería "la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica"¹⁰³

Conceptos que nos permiten utilizar, en un mejor manejo teórico, la definición dada por Fernández Sesarego quien manifiesta que "[...] el daño a la persona se refiere a todas aquellas múltiples situaciones en las cuales el sujeto, por sufrir una lesión en su integridad

¹⁰² LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 190

¹⁰³ PORTIGLIATTI-BARBOS, Mario, voz "DANNO ALLA PERSONA", en *Novissimo Digesto italiano*, voi. V, Utet, Turín, 1960, pág. 150. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 191

sicosomática, está normalmente sometido a consecuencias no patrimoniales que inciden sobre la persona considerada en sí misma”¹⁰⁴

No obstante, se refuta el que “esta definición aun es difusa a pesar de que nuestro Código Civil lo legisla en su artículo 1985, pues, en la misma doctrina habitualmente suele discutirse la naturaleza de estos daños, ya que no aparecen con un contenido específico propio; más bien, estarían integrados, en general, por situaciones de contenido no patrimonial, y otras de contenido patrimonial; en este caso, las primeras se pueden asimilar dentro del daño moral o extrapatrimonial y las segundas dentro del daño material o patrimonial; pues, estas últimas a pesar de lesionar los derechos de la persona, tendrán una connotación económica en última instancia.

Con la introducción de los “daños a la persona” se pretende introducir una tercera categoría de daños resarcibles, generándose una discusión estéril, que más que contribuir a esclarecer el problema de la reparación de los daños y propender a una adecuada reparación, no tiene incidencia alguna (...). Pues, el ámbito hacia el cual está dirigido el supuesto objeto de estos daños, ya está cubierto por el supuesto genérico del daño moral, y en los casos que la conducta dañina afecta a los derechos de la persona, como la libertad, la integridad física, etc., estas afectaciones configurarían, o bien daños

¹⁰⁴ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “EL DAÑO A LA PERSONA”, en Libro Homenaje a José León Barandiarán, editorial Cusco, Lima, 1985, pág. 185, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. cit., pág.170

patrimoniales o bien daños extrapatrimoniales (morales), no quedando lugar para una tercera categoría”¹⁰⁵

2. ALGUNAS DIFERENCIACIONES ENTRE DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO MORAL

En el ámbito de la doctrina, respecto del presente punto, se ha pretendido efectuar algunas diferenciaciones entre el daño a la persona y el daño moral, así, se ha señalado: “En definitiva, sin embargo, su ámbito terminaría dependiendo de la concepción de "persona" y de "personalidad" por la que opte el intérprete.

En el ejemplo clásico que se propone para explicar esta figura, si alguien destruye un retrato que es considerado de gran valor por su propietario, además de las consecuencias económicas, que podrían ser ínfimas o nulas (porque ¿cuánto, al fin y al cabo, puede valer una pintura o fotografía vieja, que no porte la firma o imagen de algún notable?), se generará una reacción negativa, un sufrimiento, en el intangible e inescrutable estado de ánimo del afectado. Este es el daño moral, en principio inestimable, pero que el juez debe cuantificar, en una operación ponderativa bastante delicada, pero, a pesar de todo, unánimemente legitimada, con o sin limitaciones, en los diversos ordenamientos jurídicos del mundo.

El daño a la persona es mucho más sencillo de entender, a nuestro criterio luego de evaluar a la amplia bibliografía existente y la

¹⁰⁵ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. cit.*, pág.170

definimos como un un atentado contra la integridad de un derecho individual, o una lesión a la personalidad.

Un individuo resulta herido a causa de la caída de un objeto desde la ventana de un edificio cerca del cual transitaba; estará legitimado, entonces, a ser indemnizado por los gastos médicos en que deberá incurrir: Se ha infringido su integridad física (bien protegido según el artículo 2, 1^{er}. párrafo, de la Constitución); un comerciante individual o una empresa son insultados públicamente, y quedan legitimados, por ende, a ser indemnizados por lesión a su reputación (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), que es parte de su personalidad”¹⁰⁶. “Este segundo tipo de daño no tendría por qué generar problemas de comprensión. Si la responsabilidad civil, como unánimemente se admite, protege las situaciones jurídicas subjetivas¹⁰⁷, es natural que se pueda reclamar una indemnización en caso de lesión a éstas. Más difícil de acreditar es el primero, porque los sentimientos no pueden ser examinados externamente, y porque no es fácil asignar un precio al dolor”¹⁰⁸

Contrario a ello, “(...) hay que expresar que, históricamente, el daño moral ha abarcado siempre dos significados: "en sentido estricto y propio, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los

¹⁰⁶ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 191

¹⁰⁷ CORSARO, Luigi, "«NEMINEM LAEDERE» Y DERECHO A LA INTEGRIDAD", trad. del italiano por LEÓN, Leysser L. en "Proceso & Justicia", núm. 3, Lima, 2002, pág. 151. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 192

¹⁰⁸ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 192

sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índoles moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos. Por donde es, v. gr., daño moral el rebajar la reputación personal; la falta de educación paternal a los hijos cuyos padres faltan; un padecimiento o aflicción causado a uno, obrando directamente contra él o contra otro, de un modo ilícito y contra derecho.

En *sentido lato e impropio*, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no lo toque en su patrimonio ni lo disminuya. Y así, es *daño moral* en este sentido, no sólo el que se ha indicado en estricto, sino el que recae en cosas materiales pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física. Las lesiones, heridas, contusiones, son daños morales, porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y de las aflicciones o padecimientos morales que además puedan sobrevenir, sea en la persona misma lesionada en su cuerpo, sea en otras personas que le conciernan"¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Así se expresaba Carlo Francesco Gabba, "Risarcibilità dei danni morali", en *Quistioni di diritto civile*, vol.II, *Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1898, págs..225-2006. Aquí y en las citas siguientes se reproduce, con algunas integraciones, la traducción al castellano de Adolfo González Posada, "Indemnización de los daños morales", en GABBA, "CUESTIONES PRÁCTICAS DE DERECHO CIVIL MODERNO", vol. II, *La España Moderna*, Madrid, s.f., págs..241-242. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 192

Así, como se aprecia, tal concepción del daño moral comprende aquello que se ha identificado, previamente, como daño a la persona¹¹⁰.

3. DAÑO A LA PERSONA YA CONTENIDO DENTRO DEL DAÑO MORAL

Ahora, si bien se plantea el que el daño moral sería distinto al daño a la persona, existen dos posturas al respecto, una que afirma el que el daño a la persona ya estaría contenido dentro del daño moral, mientras que una segunda postura afirma el que el daño moral estaría contenido dentro del daño a la persona. En ese sentido, en cuanto al primer criterio se tiene el que respecto al origen del término jurídico "daño a la persona", Leysser León, escribe el que es inútil intentar precisar cuándo comienza a hablarse de "daño a la persona" en la doctrina peruana.

En los Códigos Civiles de 1852 y 1936, continua, y a menos que se incurra en un anacronismo, la expresión era ignorada.

En el segundo de ellos (artículo 1148), se establecía que "al fijar el Juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima". El sistema en vigor era perfectamente afrancesado, si se quiere; en todo caso, lo importante es señalar que

¹¹⁰ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 193

no hay ningún indicio que autorice a sostener que funcionara deficientemente¹¹¹.

Así, en la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto que devino el Código Civil de 1936, los legisladores dejaron escrito: "(...) Por este medio la jurisprudencia estará habilitada a reparar o a satisfacer todos los intereses respetables. Habrán casos sin duda en los que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de los bienes no-materiales"¹¹²

Respecto a la incorporación del concepto de daño a la persona al actual Código Civil de 1984, se ha escrito: "El excelso jurista sanmarquino¹¹³, relata: "Pocos días antes de la promulgación del Código, fijada para el 24 de junio de 1984, se celebró con fecha 3 del mismo mes en el despacho del ministro de justicia de aquel entonces, profesor Max Arias Schreiber, una reunión de coordinación con los integrantes de la Comisión Revisora, con la finalidad de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código. A esta reunión fuimos invitados por el ministro junto con algunos pocos otros miembros de la Comisión Reformadora. Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 -es decir, 21 días antes de la promulgación del Código- que se logró introducir en el artículo 1985 el daño a la

¹¹¹ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 215

¹¹² Estas expresiones figuran en la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, publicada por Gil S.A. Editores, de Lima, fechada el 8 de octubre de 1936. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 216

¹¹³ Detalla el profesor Leysser León en referencia a Carlos Fernández Sessarego.

persona al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más: eliminar del texto de este artículo, por repetitiva, la voz daño moral. Era peligroso insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del daño a la persona. Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común lo bueno en lugar de lo óptimo"¹¹⁴. Donde, se considera el que lo repetitivo fue más bien incluir el daño a la persona¹¹⁵, en la medida de que tal daño ya estaría contenido en el daño moral.

Los primeros trabajos del profesor Fernández Sessarego sobre este tema –escribe Leysser León- son contemporáneos a la promulgación del Código Civil de 1984. Hay referencias en materia en su exposición de motivos al primer libro del Código, dedicado al derecho de las personas, que se suele reconocer a su invención, señala el profesor León. Allí, la afirmación del daño a la persona como institución autónoma y eje de toda la normativa no es tan palpable, ni tan combativa.

De hecho, hay más referencias al daño no-patrimonial que al daño a la persona, e incluso a cierto híbrido: "el daño no-patrimonial a la persona". Anota, por ejemplo: "Sea cual fuere la denominación que se adopte, lo importante es verificar que bajo todas y cada una de

¹¹⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, "EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA", *cit.*, págs. 63-64. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.* Pág. 216

¹¹⁵ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 217

tales expresiones se aloja un mismo único concepto: El daño a la persona de carácter no patrimonial.

Es decir, aquel que por lesionar un bien inmaterial, no cuantificable en dinero, no puede ser reparado mediante una suma objetivamente determinable. El daño no-patrimonial es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial"¹¹⁶

Así, sigue afirmando Leysser León: "Parece ser que, posteriormente, el autor citado se preocupa por dar contenido a la doctrina que predica. Se interesa por la historia del daño moral, y analiza comparativamente, entre otros, los sistemas de Francia, Alemania e Italia"¹¹⁷. Las referencias sobre los dos primeros ordenamientos son

¹¹⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, "DERECHO DE LAS PERSONAS", en COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, Código Civil, IV, Exposición de motivos y comentarios, al cuidado de Delia REVOREDO, Okura Ediciones, Lima, 1988, pág. 91. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 217

¹¹⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, "EL DAÑO A LA PERSONA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984", *passim*, especialmente, págs. 189 y sgtes., y mucho más ampliamente en ID., "Precisiones preliminares en torno del daño a la persona", cit., págs. 195 y sgtes. Esta preferencia es verosimilmente atribuible a la estadía del citado autor en Italia, de la que da cuenta en su Prólogo a LEÓN BARANDIARAN, Tratado de derecho civil, 1.1, Título preliminar y derecho de las personas, WG Editor, Lima, 1991, pág. XXVIII. En sus "Precisiones preliminares sobre el daño a la persona", cit., pág. 188, anota: "Cabe señalar que Italia es uno de los países donde, probablemente se ha discutido más extensamente el tema del daño a la persona y donde se han efectuado importantes aportes tanto doctrinarios como jurisprudenciales en lo que al tema se refiere. Es por esta razón que nos referiremos, preferentemente a su trabajosa elaboración, a su evolución, a sus hallazgos y aciertos y, lo que es digno de acotar, a la superación de trabas legislativas impuestas por el famoso y discutido artículo 2059 del Código Civil que impedía su debida y amplia reparación". LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 217

más bien escasas; en cambio, demuestra un buen conocimiento de las tesis italianas en boga.

En uno de sus primeros estudios, tales referencias son expuestas en un subcapítulo titulado *El creciente desarrollo en Italia de la teoría del daño a la persona y su formulación legislativa*, que es, en realidad, la historia de la evolución del daño no-patrimonial, la cual confirma el papel central de la clasificación alemana en el sistema italiano. Creo, y me bastan estas observaciones, que estamos frente a un caso de importación doctrinaria; sólo que, esta vez, se trata de una categoría que se utiliza con meros fines descriptivos (es decir, sin ningún afán sistemático) en su hábitat, y que al ser importada, ha generado el riesgo de llegar a nosotros con los problemas y cuestiones que han dado pie a todo el debate que ya he descrito en los acápite anteriores. Repetidamente, se percibe un empleo de la expresión "daño a la persona" todas las veces en que los autores italianos habrían escrito "daño no-patrimonial". Veamos un ejemplo¹¹⁸:

Fernández Sessarego escribe: "Consideramos atinada la posición adoptada por la jurisprudencia genovesa ya que, al nivel histórico en que nos hallamos, resulta incomprensible que se justifique jurídicamente una norma que limite la reparación del daño a la persona de carácter no patrimonial, a sólo los específicos casos previstos por ley"¹¹⁹.

¹¹⁸ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 218

¹¹⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, "EL DAÑO A LA PERSONA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984", cit., pág. 194. Citado por LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 218

A lo que refuta Leysser León: "Como ya he señalado, lo que se limita en la norma italiana es la reparación del daño no-patrimonial en general (no "del daño a la persona de carácter no-patrimonial"). O estos, llamémoslos así, espejismos"¹²⁰:

- a. "El Código consagra la posibilidad de reparar el daño moral, entendido como sinónimo de daño a la persona, producido como consecuencia de la inejecución, de las obligaciones"¹²¹.
- b. "No obstante la imposibilidad de precisar en términos económicos las consecuencias del daño a la persona, estimamos que *ningún ser pensante*, que considera a la persona como un valor en sí misma, como un fin supremo a cuyo servicio se encuentran la sociedad y el Estado, puede oponerse a la justa reparación del daño no patrimonial a la persona pretextando la imposibilidad de encontrar su equivalente pecuniario"¹²².
- c. "Podrán o no incluirse en el futuro otros derechos de la persona en la Constitución o en el Código Civil [peruanos], pero los principios cardinales sintetizados en la tutela integral, preventiva y unitaria de la persona seguirán vigentes,

¹²⁰ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 219

¹²¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO y CÁRDENAS QUIRÓS, "ESTUDIO PRELIMINAR COMPARATIVO DE ALGUNOS ASPECTOS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984 EN RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942", EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y EL SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO, cit., págs. 132-133. Citado por LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 219

¹²² FERNÁNDEZ SESSAREGO, "EL DAÑO A LA PERSONA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984", cit., pág. 196 (las cursivas son añadidas). Citado por LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 219

inspirando a los constituyentes y codificadores del mañana. La historia rescatará como nota positiva de tales cuerpos legales, antes que sus bondades técnicas, su vocación personalista, su empeño en proclamar y concretar a través de sus textos, con las limitaciones del caso, la primacía que se le otorga a la persona humana"¹²³.

Así, siguiendo con las notas efectuadas por Leysser León, se tiene el que reseña: "Leo, por ejemplo, que el desplazamiento del eje del derecho, de los derechos patrimoniales a los de la persona "ocurre recién cuando al influjo del humanismo, se logra comprender por los juristas más lúcidos y no comprometidos con los sistemas de poder dominantes en el mundo, que el hombre no puede ser sólo apreciado unidimensionalmente como un ente capaz de producir renta. La existencia humana es más rica y trascendente, por lo que se resiste a ser aprehendida como totalidad y experiencia de libertad a partir sólo de una visión puramente economicista, no obstante la innegable preponderancia que ella puede tener en ciertas circunstancias del devenir de la vida humana tanto personal como social"¹²⁴; o que "es al ser humano, consistente en una unidad psicosomática sustentada en la libertad, al que el derecho protege contra todo tipo de daños que lo afecten en cualesquiera de sus múltiples y ricas facetas. Como se advierte de todo lo que hasta aquí expuesto, hubo que tomar conciencia de lo que significaba el ser humano, comprendiendo su

¹²³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, "PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA", cit., pág. 96. Citado por LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit, pág. 219

¹²⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, "PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA", cit., pág. 182. Citado por LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 220

intrínseca dignidad de ser libre, para que se desarrollara, en lenta pero segura evolución, la materia que nos ocupa, es decir, la relativa a su protección preventiva, unitaria e integral frente a los daños que lo acechan en la era tecnológica"¹²⁵; o que "en la última década se ha incrementado notablemente la literatura sobre el ser humano en cuanto sujeto de derecho y, más precisamente, sobre el denominado «daño a la persona». Ello delata la influencia del personalismo o humanismo en el pensamiento jurídico, lo que proviene de las formulaciones o propuestas de la filosofía de la existencia"¹²⁶.

Sin embargo, "Como también he explicado, nada, absolutamente nada, de esa presunta evolución filosófica tiene que ver con el daño a la persona. Reitero que los juristas que han utilizado esta categoría en Italia lo han hecho con puros fines descriptivos, de la misma manera que se habla de "daño ecológico" o de "daño ambiental". Yo podría añadir cualquier término al vocablo "daño", y no crearía ninguna categoría fundamental en el plano sistemático: daño a los inmuebles, daño automovilístico, daño a los familiares; me estaría limitando a identificar supuestos, tal cual se hace cuando se habla de responsabilidad de los médicos, de la Administración pública, de los jueces, o cuando se habla, (...), de "derecho genético". Por lo demás, cuando de verdad se presentó la necesidad de hacer referencia a una nueva

¹²⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, "PRECISIONES PRELIMINARES SOBRE EL DAÑO A LA PERSONA", *cit.*, págs. 183-184. Citado por LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 220

¹²⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, "EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA", *cit.*, pág. 55. Citado por LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 220

categoría, en Italia se ha preferido un concepto médico-legal y no jurídico: el "daño biológico"¹²⁷.

Además, continúa señalando Leysser León, otro de los motivos por los que no es fiable esta tramoya¹²⁸, es porque trata de hacer creer que ha existido un debate, del cual habría salido victoriosa la categoría del daño a la persona. Dicha polémica, que habría sido muy útil, jamás se ha producido. En la mayor parte de las obras de Fernández Sessarego no hay referencias a las críticas expuestas por De Trazegnies. Solamente ha prestado atención a una denuncia de José León Barandiarán, y ha acogido una sugerencia de Carlos Cárdenas Quirós.

El primero de estos autores tuvo oportunidad de manifestar su perplejidad -para muchos sacrosanta- frente a la inclusión de la voz "daño a la persona" en el artículo 1985 del Código Civil¹²⁹; el profesor Cárdenas Quirós admite explícitamente el apócrifo discurso sobre el trasfondo filosófico de la categoría, la presunta perspectiva huma-

¹²⁷ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 221

¹²⁸ *Entiéndase ingenio, artilugio, maquinaria, decorado, escenografía; enredo, engaño, farsa, comedia.*

¹²⁹ LEÓN BARANDIARÁN, "RESPONSABILIDAD EXTRACONT RACTUAL" en COMISION ENCARGADA DEL ESTU-DIO Y REVISION DEL CÓDIGO CIVIL, Código Civil, VI, Exposición de motivos y comentarios, al cuidado de Delia REVOREDO, Okura Ediciones, Lima, 1988, pág. 807: "El mismo artículo [1985] habla de daño moral, pero el asunto se trata en el artículo 1984. No se explica por qué en el artículo 1985 se habla usándose el giro de «el daño a la persona»". LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 221

nista, y contribuye a su desarrollo, con la propuesta de la denominación "daño subjetivo"¹³⁰.

Asimismo, se tiene el que "Uno de los autores italianos más citados, y tergiversados, en la artificiosa argumentación filosófica que se critica es Francesco Donato Busnelli"¹³¹. "Pues bien, el profesor de la Escuela Superior, "Santa Ana" de Pisa fija claramente su posición en los siguientes fragmentos: El primado de los daños a la persona, el nuevo eje de tales daños, constituido por los «daños a la persona en sentido estricto», y el lugar central que ocupa esta nueva categoría la figura del daño a la salud, son el resultado de una doble «revolución», que no es peculiar de la experiencia italiana, sino que encuentra elementos de significativa concordancia, con particular referencia a los daños a la salud, en documentos internacionales y en tendencias legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales maduradas en ambientes con tradiciones jurídicas muy diversas"¹³².

¹³⁰ CÁRDENAS QUIRÓS, "APUNTES SOBRE EL DENOMINADO DAÑO A LA PERSONA", cit., págs. 111-112, 117 y sgtes. La denominación ha sido acogida por ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., pág. 274; ID., *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., pág. 160, quien pretende desarrollarla aun más, con la propuesta de la locución "daño objetivo". Pero a esta última ya había hecho referencia FERNÁNDEZ SÈSSAREGO, "PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA", cit., pág. 152. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 221

¹³¹ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 222

¹³² BUSNELLI, "PROBLEMI DI INQUADRAMENTO SISTEMÁTICO DEL DANNO ALLA PERSONA", en "Rivista critica del diritto privato", año V, 1987, pág. 30. Una versión resumida de este importante ensayo fue presentada como ponencia ("La tutela civil de la persona humana: Una comparación entre el Código argentino de Vélez y el nuevo Código Civil peruano") al Congreso Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano, celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988, cuyas actas fueron publicadas por Cultural Cuzco Editores en 1990. En su ponencia citada (pág. 51), el profesor BUSNELLI destaca, con justicia: "El artículo 17 [del Código Civil peruano de 1984] a pesar que en su

Respecto a la doble revolución citada por Francesco Donato Busnelli, se tiene el que "(...) consistiría, por un lado, en "la superación de la relación entre daño al patrimonio (entendido como «suma de propiedades») y daño a la persona: Una relación que por largo tiempo ha estado caracterizada por el seguro primado de la primera figura de daño, en la que había venido modelando el más conocido (y hasta ahora seguido) criterio de valorización del daño, que parte de la decimonónica *Differenztheorie*.

El paso de la llamada economía estática a la llamada economía dinámica, y sobre todo, la intensificación de las ocasiones de daño a la persona en la sociedad industrial han acentuado la frecuencia y la gravedad de esta última figura de daño [...]; por otro lado, hay una segunda «revolución», la que se encuentra en curso de desarrollo, al interior del concepto mismo de daño a la persona. Para Guido Gentile, esta figura se resolvía esencialmente en la «pérdida económica que deriva para el lesionado de una determinada modificación negativa de su capacidad de trabajo», de modo tal que «el ingreso es el parámetro del daño a la persona».

formulación definitiva ha perdido parte de aquella fuerza innovativa que Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO le había impreso en el proyecto preliminar, permanece todavía como una norma importante. Es, según me consta, la primera vez que un código otorga un alcance general a la acción inhibitoria en el cuadro de la tutela de los derechos de la personalidad, modificando la tradición codificadora -a la cual se uniforma también el vigente Código civil italiano- que concibe dicha acción como remedio ocasional y no siempre referido a la tutela de la persona". Estas consideraciones tienen que ver con el esquema original de protección de la persona que FERNÁNDEZ SESSAREGO proyectó cuando fue integrante de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1936, lamentablemente alterado en las revisiones previas a la aprobación del texto final. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit, pág. 222

En la actualidad, cada vez más insistente y compartida, al «daño a la salud» (o «daño biológico») y al daño a la identidad personal es válida para trasladar el «eje» del problema de un daño parametrado según el ingreso a un daño referido al «valor ser humano» en su concreta dimensión: Valor que no es asimilable a la sola aptitud para producir riqueza, sino que se liga a la suma de las funciones naturales (las cuales tienen relevancia biológica, social, cultural y estética, en relación con las distintas variables ambientales en las que se desenvuelve la vida, y no sólo a la económica) concernientes al sujeto"¹³³.

A cuyo criterio se debe señalar el que como se aprecia, "Busnelli se limita a constatar un hecho: La importancia cobrada por la cuestión de los daños a la persona en las reflexiones de la doctrina y la jurisprudencia. Ello es bien distinto de defender una falsa visión histórica o de pretender imponer una terminología en el medio italiano. Por si existieran dudas, Busnelli concluye que el sistema italiano de resarcimiento de los daños a la persona en sentido estricto se organiza en dos modelos: El de "los daños patrimoniales (que constituye la categoría general de daños contemplada, sin límites, en el artículo 2043, y resultante de una revisión de los tradicionales esquemas restrictivos de la patrimonialidad) y el modelo de los daños no-patrimoniales (que constituye una categoría especial de daños, dominada por el principio de tipicidad contenido en el artículo 2059 e

¹³³ BUSNELLI, "PROBLEMI DI INQUADRAMENTO SISTEMATICO DEL DANNO ALLA PERSONA", *cit.*, págs. 28-29. El último enunciado citado corresponde a la sentencia de la Corte di Cassazione italiana, n° 2396, del 6 de abril de 1983, y no tiene nada que ver con ninguna evolución de pensamiento filosófico. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 223

influenciada por la vinculación de dicha norma con el artículo 185 del Código Penal, que conduce a identificar la figura principal, pero no necesariamente exclusiva, de dichos daños en los daños morales subjetivos)"¹³⁴.

Escribe el profesor León, el autor citado no pierde de vista la clasificación que, para bien o para mal, ha sido adoptada por el legislador italiano de 1942¹³⁵. Asimismo, señala, "Con mucha mayor autoridad que la mía, se ha destacado que es innecesario crear una especie adicional de daño, denominada "daño a la persona": "En Derecho, las categorías son fundamentalmente operativas; se justifican en la medida en que establecen distinciones entre derechos y obligaciones. Pero la categoría «daños a la persona» no parece conllevar derechos u obligaciones diferentes a las que usualmente se atribuía a la categoría «daño moral» (en el sentido más puro del término, habiendo excluido de este concepto al daño patrimonial vago o impreciso)"¹³⁶.

Así, luego de haber señalado ciertas precisiones sobre el sistema italiano, a continuación es pertinente referirse a lo que ocurre en Francia y su influencia en la normativa peruana respecto a la creación de la noción "daño a la persona". En esa línea, "No reviste ninguna dificultad analizar el sistema francés. La distinción tradicional es más

¹³⁴ BUSNELLI, *op. idt. cit.*, pág. 42. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 224

¹³⁵ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 224

¹³⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, "LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL", *cit.*, t. II, pág. 110. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 224

bien sencilla: Están los daños "materiales", que afectan los bienes del individuo, y los daños "inmateriales", o "morales", que afectan todo lo que no pueda considerarse en el campo anterior"¹³⁷.

Asimismo, "Se ha sostenido que los trabajos preparatorios del *Code Napoléon* no permiten deducir con certeza que los legisladores hayan tenido la intención de prohibir una expansión del concepto de *dommage* a los daños morales"¹³⁸.

A fin de cuentas, en el artículo 1382 de dicho Código se menciona el término *dommage* a secas ("*todo hecho del hombre que causa a otro un daño obliga a aquel por culpa del cual ha sucedido a repararlo*"), y no existe impedimento para una interpretación amplia"¹³⁹.

Pese a ello, "(...), hay quien advierte que con tal proceder los redactores del *Code* "se situaban dentro del más riguroso pensamiento romano, acogiendo como reparable únicamente el daño material y abandonando la idea antigua de «satisfacción» para el daño moral

¹³⁷ SAVATIER, René, "TRAITE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE EN DROIT FRANÇAIS", 2A. éd., t. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951, pág. 92, anota "Entendemos por daño moral todo sufrimiento humano que no es resultado de una pérdida pecuniaria". El ilustre civilista francés define la figura en oposición al *dommage pécuniaire* (el daño "pecuniario"). LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 201

¹³⁸ MAZEAUD, Henri y Léon, "TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DÉLICTUELLE ET COTITRACTUELLE", vol. I, Paris, 1931, pág. 262. La cita es de Giovanni Battista FERRI, "Ildannoala sainte e l'economia del dolore", en *Iuris vincula. Studi in onore di Mauro Talamanca*, vol. III, Jovene, Nápoles, 2001, pág. 212. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 201

¹³⁹ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 201

porque su carácter vindicativo de pena la excluía del campo estricto del moderno derecho civil"¹⁴⁰.

"A pesar de todo, luego de la entrada en vigor del *Code*, se desató "una serie de polémicas y discrepancias en la doctrina, las cuales dividieron a los estudiosos. Algunos negaron la posibilidad de resarcir un daño moral, dado que no parecía concebible dar una valorización en dinero a bienes (el honor, los sentimientos, etc.), que por su naturaleza «inmaterial» no daban la impresión de ser susceptibles de una valorización en términos pecuniarios. Otros, en cambio, afirmaban, sea la plena resarcibilidad de los daños morales, sea (según las llamadas teorías «mixtas») la posibilidad de su resarcimiento limitado a ciertas hipótesis"¹⁴¹. En cuyo desenlace se tiene el que "Al final, y pasadas las referidas incertidumbres, la jurisprudencia francesa reconoce que el daño moral es resarcible. Para estos efectos, la noción de la categoría que los jueces emplean es bastante amplia, conforme a la indicada por Gabba. Desde esta perspectiva, entonces, es dado afirmar que el daño a la persona, según la definición aquí brindada (porque la expresión es desconocida en la doctrina francesa), queda comprendido en el daño moral. Este es un sistema que ha funcionado sin inconvenientes por más de ciento cincuenta años. Es de destacar, asimismo, que los autores franceses no hablan de "patrimonio": La distinción entre daño material e

¹⁴⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. II, pág. 98, y allí, importantes referencias al derecho romano. También FERNÁNDEZ SESSAREGO, "El daño a la persona en el Código Civil de 1984", cit., pág. 189, brinda indicaciones al respecto. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 201

¹⁴¹ FERRI, op. cit., págs. 212-213. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 202

inmaterial es prácticamente objetiva. Esta clasificación, que distingue los daños materiales de los inmateriales, cobró gran ascendencia en la doctrina argentina, incluso en el pensamiento del legislador Vélez Sarsfield¹⁴².

Sin embargo, "La confusión terminológica en esta área -cuyos efectos parecen haberse reflejado, en no escasa medida, entre nosotros-comienza con la importación de las expresiones "daño patrimonial" y "daño no patrimonial" o "extra patrimonial", tomadas del sistema italiano, que las recoge, a su vez, del derecho alemán. Hay, entre los argentinos, quienes han llegado a apuntar, tautológicamente y aparatosamente, que "el daño extra patrimonial o moral [...] se caracteriza por su proyección moral, sea que el hecho generador lesione un derecho subjetivo patrimonial o extra patrimonial", y a renglón seguido (i!), que "la persona es un proyecto de vida [...] y todo lo que afecte a ese proyecto configura daño a la persona. Se le denomina también daño no patrimonial, biológico, a la salud, extraeconómico, a la vida de relación, inmaterial, a la integridad sicosomática, no material"¹⁴³

Por ello, "por su parte, Leysser León de modo más categórico aún, señala que "[...] `daño a la persona´, reproducción literal de la *personal injury* del *common law*, representa un accidente en nuestra

¹⁴² LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 202

¹⁴³ ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y Roberto LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 1a. ed., 2a. reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, págs. 216- 217. Para la enumeración de otros dislates de este sector de la doctrina argentina, me permito remitir a mi trabajo "Consideraciones sobre los daños por homicidio", cit., págs. X-XI, y la nota (5). LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 203

codificación civil. Un añadido que, sea si se lo entiende como `daño a los derechos de la personalidad´, sea si se lo entiende como `daño a la integridad psicosomática´ o `a la salud´ (a la manera italiana), tiene el demérito de reiterar un concepto ya comprendido en la idea de `daño moral´, conforme a la amplia visión de esta figura que impera en el ordenamiento jurídico de donde es originaria: El francés”¹⁴⁴ “

También debe precisarse lo referente al mencionado “daño a la persona” que recoge el Código Civil, donde, por ejemplo Matilde Zavala de Gonzales señala “La preocupación por los daños a la persona ha generado una abundancia de rótulos, que molestan y dificultan la comprensión. Esta llamada “guerra de etiquetas” se parece a una torre de babel, donde todos aluden a las mismas cosas con palabras diferentes. Los juristas discutimos demasiado sobre terminologías, con olvido sobre los problemas prácticos que plantea. Importa la efectividad y no tanto como se logre, en el sentido que, cualquiera que sea la técnica elegida, deben satisfacerse las finalidades del derecho de daños: la indispensable y urgente prevención de los daños a las personas y que se confiera un resarcimiento justo. Los daños a las personas versan sobre los menoscabos que se infieren a su vida, integridad psicofísica, intangibilidad espiritual y proyección social. No obstante, el daño resarcible no reside propiamente en esos menoscabos sino que versa sobre las concretas repercusiones, económicas, espirituales de dicho tipo de lesiones. Así pues, una lesión a la persona puede efectuarla

¹⁴⁴ LEON, Leysser L., “LA RESPONSABILIDAD CIVIL. LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS”, *Jurista Editores, Lima, 2007*, pp 24 y 25. Citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.172

económicamente (daño patrimonial) y una lesión a su patrimonio puede perjudicarla espiritualmente (daño moral)”¹⁴⁵

4. DAÑO MORAL YA CONTENIDO DENTRO DEL DAÑO A LA PERSONA

Sin embargo, como se señaló anteriormente, existe, una posición que considera al daño moral como un tipo de daño a la persona, así, debe precisarse “Fernández Sessarego en su obra “El daño al Proyecto de Vida”, es persistente en la necesidad de dejar claramente establecido la diferencia existente entre la tradicional expresión de “daño moral” y la contemporánea de “daño a la persona”, indicando que el “daño moral” (pretium doloris) no es otra cosa que una modalidad del “daño a la persona”, toda vez que considera que daño a la persona tiene alcances muchos más amplios y profundos que un sentimiento, un dolor o sufrimiento” , en cuanto, el daño a la persona para él “significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona en cuanto tal, “comprendiéndose dentro del mismo “hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana”.

Para el tratadista peruano el daño moral se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que tiene como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación espiritual, es decir, “es un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico”, por lo que considera que no tiene sentido otorgarle

¹⁴⁵ ZAVALA DE GONZALES, *Resarcimiento del daño*, cit., p.p 142 y 143, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.110

autonomía, en cuanto en su opinión el mismo se encuentra conceptualmente subsumido dentro de lo que es el “daño a la persona”, que incide además sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión, que afecta la manera en la que la persona había decidido vivir, trunca su destino perdiendo el sentido mismo de su existencia”¹⁴⁶.

Así, se plantea el siguiente ejemplo: “Imaginemos un pintor famoso de 30 años de edad, con una excelente proyección profesional, que en un accidente de tránsito, producido por la negligencia de un chofer que conducía en estado de ebriedad un ómnibus de transporte público, pierde su mano derecha- con la que pinta-, así como a su único hijo de un año de edad, siendo internado en una clínica particular, y su hijo es velado y enterrado mientras el permanecía inconsciente en la clínica. ¿Cuáles serían los daños indemnizables? 1.- El daño emergente estaría conformado por aquellos gastos derivados de su internamiento, los honorarios médicos, el costo de las medicinas empleadas, así como los gastos del velatorio y del entierro de su menor hijo, entre otros. 2.- Si el pintor acredita que tenía contratos para pintar cuadros para terceros, el lucro cesante estaría constituido por las retribuciones que dejaría de percibir por la realización de dichas obras. 3.- El daño moral desde lo que es una concepción propia o restringida del mismo para el autor Leysser León, y que el Dr. Fernández Sessarego considera justamente como aquello que realmente es daño moral, estaría constituido por el padecimiento o sufrimiento que está afrontando el pintor por la muerte de su hijo, y las molestias causadas por el accidente que

¹⁴⁶ <http://www.linaresabogados.com.pe/reflexiones/>, búsqueda del 17.01.17, 11.16 a.m.

ha sufrido. 4.- El daño moral impropio o en sentido lato, que para Fernández Sessarego sería el daño a la persona, estaría constituido por: i) daño corporal o biológico por las lesiones padecidas y los trastornos psicológicos sufridos, en este caso la amputación de un miembro del cuerpo y todos los trastornos mentales que de esto pudiesen derivar, ii) daño al proyecto de vida, que implica privarse de la libertad de poder ser pintor, de poder ser quien era, anulándose todo proyecto futuro al haber perdido la mano con la que desarrollaba dicho arte, y iii) el daño a la salud que se refiere al perjuicio del bienestar general del sujeto, podría estar constituido por las enfermedades que pudiese adquirir o los cuidados a los que debiese someterse por las consecuencias del accidente”¹⁴⁷.

5. ¿CUAL ES LA POSTURA QUE ASUME EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO?

Sin embargo, de estas dos posturas, a efectos de tenerse en claro cuál es la interpretación que se ha de considerar al entender el binomio daño moral – daño a la persona dentro del ordenamiento jurídico peruano, se ha de resaltar el que, como se ha señalado: “Cuando revisamos las distintas sentencias que se han expedido durante estos más de veinte años de vigencia del Código Civil, vamos a poder comprobar que no obedecen un criterio uniforme que permita diferenciar una toma de posición respecto a la diferencia entre lo que es el daño moral del daño a la persona, como lo hace el artículo 1985 del Código Civil, pues existen fallos judiciales de la propia Corte Suprema que confunden ambos conceptos, aparentemente más

¹⁴⁷ <http://www.linaresabogados.com.pe/reflexiones/>, búsqueda del 17.01.17, 11.19 a.m.

por desidia que por convicción, así como también podemos encontrar sentencias que diferencian estos conceptos, lo que crea más confusión aún en el justiciable al no tener clara cuál es la posición correcta, además no permiten determinar los conceptos teóricos que sustentan sus consideraciones, y más que crear posiciones, regularmente someten sus criterios a lo establecido en la doctrina generalizada. Un ejemplo de lo expuesto, se puede encontrar en lo establecido por la Casación No. 949-95 que dispone que "El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica", o la Casación No. 231-98 que establece que "El daño moral es un daño extrapatrimonial que afecta a los derecho de la persona...." En ambos casos, podemos apreciar que el criterio es unificar los conceptos de daño a la persona y daño moral bajo el manto de este último, sin embargo al no tener a la vista consideraciones que expliquen porque de esta unificación, se sospecha se trata más de un descuido en la lectura de la doctrina consultada que en una posición de conciencia. En contraposición con lo expuesto anteriormente, podemos encontrar además jurisprudencia que se ha sustentado básicamente en la regulación del artículo 1985 del Código Civil y los conceptos propuestos por Fernández Sessarego para la definición de lo que es el daño moral y el daño a la persona, así tenemos que la Corte Suprema de Justicia en su Casación No. 3267-99 determina que *"conforme lo señala el Dr. Carlos Fernández Sessarego en su obra "Nuevas Tendencias del Derecho de la Persona", la doctrina define al daño moral como aquel sufrimiento, dolor, pena, angustia que sufre una persona; dicho daño no tiene naturaleza patrimonial, es decir, no es cuantificable económicamente, por lo*

tanto el dinero no está destinado a eliminar el dolor o sufrimiento, el dinero es solo instrumental"; a su vez en la Casación No. 3063-2001 reconoce la diferenciación que hace el Código Civil de lo que es el daño moral y daño a la persona. En línea con lo manifestado, podemos apreciar que la jurisprudencia, al igual que la doctrina, está dividida, pero a diferencia de esta última que se divide por razones fundamentadas en convicciones distintas, en el caso de la jurisprudencia esta división no se encuentra sustentada en un razonamiento que nos permita establecer el porqué del criterio que maneja"¹⁴⁸.

Al respecto cabe precisarse también lo expresado en el Tercer Pleno Casatorio Civil, llevado a cabo en la ciudad de Lima, con fecha quince de diciembre del año dos mil diez, donde se estableció que "Los artículos 345-A y 351 del Código Civil (el segundo dispositivo aplicable al divorcio remedio por remisión del primero), autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y del daño moral. En la doctrina y el derecho comparado no hay criterio unánime sobre la relación de estos dos conceptos. Aún más, se ha sostenido que un criterio válido de clasificación es aquel que considera que los daños solamente se clasifican en patrimoniales y morales"¹⁴⁹.

Sin embargo, reconoce el Tercer Pleno Casatorio Civil que "(...) se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales, cotidianas como

¹⁴⁸ <http://www.linaresabogados.com.pe/reflexiones/>, búsqueda del 17.01.17, 11.23 a.m.

¹⁴⁹ TERCER PLENO CASATORIO CIVIL, LIMA-PERÚ, 15.12.10

practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico)¹⁵⁰". En donde, pese a lo argumentado anteriormente, y sin una mayor argumentación técnica, el Pleno Casatorio se adhiere a la corriente que entiende al daño moral dentro del daño a la persona, y esto pues señala, "71.- De otro lado, según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie¹⁵¹. Empero, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona¹⁵², tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322¹⁵³, y en otros casos, con un alcance más

¹⁵⁰ PIZARRO RAMÓN, Daniel: "DAÑO MORAL. PREVENCIÓN. REPARACIÓN. PUNICIÓN, EL DAÑO MORAL EN LAS DIVERSAS RAMAS DEL DERECHO", segunda edición, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 2004, p. 66-71, citado en TERCER PLENO CASATORIO CIVIL, LIMA-PERÚ, 15.12.10, considerando 68.

¹⁵¹ Cfr.: ESPINOZA ESPINOZA, Juan: "DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SEGUNDA EDICIÓN ACTUALIZADA Y AUMENTADA", Gaceta Jurídica S.A., Lima - Perú, 2003, p. 181, citado en TERCER PLENO CASATORIO CIVIL, LIMA-PERÚ, 15.12.10

¹⁵² Cfr.: OSTERLING Parodi, Felipe: "LAS OBLIGACIONES, EN: CÓDIGO CIVIL, EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y COMENTARIOS", Tomo V. Compilación de Delia Revoredo de Debakey, Segunda edición, Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L., Lima, 1984, p. 449, citado en TERCER PLENO CASATORIO CIVIL, LIMA-PERÚ, 15.12.10

¹⁵³ Artículo 1322.- Daño moral. El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento

restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984¹⁵⁴ y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985¹⁵⁵. El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial¹⁵⁶. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente¹⁵⁷ (...) Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral¹⁵⁸. Éste viene a estar

¹⁵⁴ Artículo 1984.- Daño moral. El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia

¹⁵⁵ Artículo 1985.- Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: "EL DAÑO A LA PERSONA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984". En: Libro homenaje a José León Barandiarán. Lima, Cultural Cuzco, 1985, p. 214, citado en TERCER PLENO CASATORIO CIVIL, LIMA-PERÚ, 15.12.10

¹⁵⁷ La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la Casación N° 1782-2005 (Lima), se ha pronunciado sobre el daño moral y personal; puede ser ubicada en el siguiente enlace: http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp, ha establecido que: "(...) es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico - material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino fundamentalmente moral y personal, se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida en común con el cónyuge disidente"; citado en TERCER PLENO CASATORIO CIVIL, LIMA-PERÚ, 15.12.10

¹⁵⁸ Carlos Fernández Sessarego sostiene que el concepto de daño moral tiene dos acepciones, una de ellas lo identifica con el daño a la persona, y la otra, establece una relación de género a especie. Así expresa que: "En efecto, existen al menos dos acepciones del concepto daño moral. Una amplia, que se confunde con la de daño a la persona en cuanto se refiere a cualquier atentado contra los derechos de la personalidad y otra, más usual en nuestro medio, que la restringe a una dimensión afectiva, al dolor o al sufrimiento que experimenta la persona". En: "DERECHO DE LAS

configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona¹⁵⁹(...) ”

6. ¿CUÁL DEBERÍA SER, EN TODO CASO, LA INTERPRETACION QUE DEBERÍA ASUMIR EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO?

De toda la argumentación esbozada, queda la interrogante, ¿cómo debería entenderse al daño a la persona dentro del ordenamiento jurídico peruano? Pues la postura asumida por la presente tesis va en tanto que se debe entender al daño a la persona ya contenido dentro de la noción de daño moral, para cuyo efecto se ha de partir de “(...) determinar qué clasificación de daños es la seguida por el Código Civil peruano. La respuesta está a la vista: No es la distinción alemana (e italiana) entre daños patrimoniales y no patrimoniales, sino la francesa, y a medias”¹⁶⁰.

Asimismo, se tiene que “(...) al dedicarse una norma específica al daño moral uno podría pensar que se está admitiendo, a todas luces, que esta figura tiene características que imponen distinguirlo del daño común y corriente, es decir, del daño al que se hace referencia en nuestra cláusula normativa general. Sin embargo, esta interpretación sería errada, porque el artículo 1984 no tiene ningún propósito

PERSONAS”, décimo primera edición actualizada y aumentada, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009, p. 473. citado en TERCER PLENO CASATORIO CIVIL, LIMA-PERÚ, 15.12.10

¹⁵⁹ Cfr.: *GHERSI, Carlos Alberto: “DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO, DAÑO A LA PSIQUIS”, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp. 210-212; citado en TERCER PLENO CASATORIO CIVIL, LIMA-PERÚ, 15.12.10-*

¹⁶⁰ *LEÓN, Leysser: “LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS”, ob. Cit., pág. 225*

clasificador, sino más bien práctico. Porque la diferenciación no se formula en términos categóricos (de aquí que considere que se ha asumido "a medias" el esquema francés). La única precisión que se hace en el artículo 1984 tiene que ver con criterios que deben ser observados por el juez al fijar el monto que recibirán los damnificados por concepto de daño moral. En la norma se impone al juez atender a la magnitud del daño y el menoscabo producido a la víctima o a la familia de ésta. El artículo 1984 no dice "también es resarcible el daño moral", ni tampoco que "el daño moral también debe ser indemnizado"¹⁶¹.

Y es que, como señala Leysser León, "El texto de la norma es ininteligible, en menor medida que los comentarios de José León Barandiarán a todo el libro de la responsabilidad extracontractual del Código Civil peruano. ¿Qué cosa significa atender a la magnitud del daño moral? ¿Acaso que solamente merecen ser satisfechos los grandes sufrimientos?

Nada nos guía en la búsqueda del sentido del texto, pero da la impresión de que en él se exigiera, precisamente, un grado de relevancia del daño, para efectos del reconocimiento de su resarcibilidad. Igual de oscura es la segunda parte de la norma; pero atender al "menoscabo producido a la víctima o a su familia" puede significar que únicamente los familiares -y será necesario delimitar el

¹⁶¹ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 227

ámbito de este concepto- están legitimados para percibir el monto judicialmente asignado a título de daño moral¹⁶².

Asimismo, continua el maestro León, con todo, no existiría sino una limitación de carácter secundario (relativa a los legitimados a demandar el daño moral) en nuestro artículo 1984. Por ello es forzoso, y conforme a la lógica, aceptar que el ordenamiento jurídico peruano se encuentra totalmente al margen del debate italiano sobre las limitaciones al resarcimiento del daño no patrimonial; y por lo tanto, que también se es ajeno a todas las voces creadas en dicho medio para paliar sus deficiencias legislativas. "Nuestro sistema, al menos en lo tocante al daño moral, porque no pueden callarse sus no pocas imperfecciones, es intachable. "¡Pero también está el daño a la persona, y a renglón seguido!"- afirma Leysser León-. En principio, creo que es suficiente recordar la abrupta incorporación de esta expresión importada para descalificarla de elenco de las voces de un derecho de la responsabilidad civil que tenga como base el Código

¹⁶² TABOADA CÓRDOVA, *Elementos de la responsabilidad civil, cit., págs. 58-59, postula que "daño moral no se agota jurídicamente en los sentimientos por los miembros de la familia, sino también en cualquier otro sentimiento considerado digno y legítimo, como podría ser el caso de un ahijado, de una novia, de un padrino de nacimiento, etc."*. ¡Jara avalar su posición, llama en causa el art. 215 del Código Civil, relativo a la intimidación como vicio de la voluntad, donde se permite al juez decidir la anulación, según las circunstancias, cuando la amenaza ha sido dirigida a "otras personas o bienes" (ni familiares, ni bienes de familiares). La interpretación es errónea, porque la interpretación sistemática no puede conducir a alterar los presupuestos de las dos instituciones confrontadas: en el caso de la intimidación se busca anular los efectos de un negocio jurídico que no se habría celebrado de no haber existido la amenaza (la amplitud de las personas y bienes amenazables aspira a proteger íntegramente la esfera del contratante intimidado); en cambio, el daño moral, por su propia naturaleza y elaboración histórica, debe ser reconocido en la esfera de cosas pocas, porque redundará siempre en una imposición patrimonial al responsable, y hay que procurar que ella sea justa. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit., pág. 227*

Civil peruano. Como si no bastara, el artículo 1985 es un cajón de sastre donde se ha hecho espacio a todo lo que se le olvidó al legislador en el resto de la normativa. Es en esta norma donde encontramos, además del daño a la persona, la teoría de la "causalidad adecuada".

Todos los que conozcan la materia saben que la causalidad se analiza en la parte general de la responsabilidad civil. Aquí también es donde se establece que el hecho generador del daño puede consistir en una omisión. Sólo que, desde luego, nadie habría echado de menos el daño a la persona; como sí habría ocurrido, seguramente, con la teoría de la causalidad acogida en materia". Una forma de resolver el problema es la asumida, implícitamente, por los redactores de las máximas jurisprudenciales citadas, continua el maestro León.

En perfecta coherencia con el estado de la cuestión durante el Código Civil de 1936, los magistrados de la Corte Suprema demuestran seguir razonando en función, exclusivamente, del daño moral. No tienen ningún problema en reconocer el daño a la persona, pero no es necesario nominarlo, porque puede asumirse, sin problemas, que las lesiones a la integridad psicofísica están incluidas en el daño moral, como en Francia y en la tradición del derecho civil peruano, o bien en la cláusula normativa, general de la primera parte del artículo 1969, que no distingue entre tipos de daño. Esta forma de proceder es la típica, y sempiterna, sanción que se aplica a las normas privadas de lógica. "Ignorarlas en la aplicación práctica es una forma legítima de descalificarlas. El mismo fenómeno se verifica respecto de la normativa del Código Procesal Civil dedicada a la responsabilidad civil

de los jueces. Pero si tenemos que convivir con la expresión, hay que entenderla, simplemente, como una reiteración, como un pleonismo, de la naturaleza resarcible del daño a la integridad psicofísica”¹⁶³.

7. EL DAÑO PSICOLÓGICO

Entre las definiciones de este daño se encuentran:

- a. “El daño psíquico consiste en la modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, etc., y cuya forma más acabada de acreditación es el informe psicopatológico”¹⁶⁴
- b. “Es decir que se trata de la perturbación del aparato psíquico, que reviste carácter patológico, causada por situaciones inusuales de cierta gravedad que impactan abruptamente sobre un sujeto. Por ende, generalmente podrán ser causas de este tipo de daño los hechos que produzcan menoscabos en la integridad física, así como también la pérdida de un ser querido”¹⁶⁵.
- c. “Asimismo, cabe señalar que, conforme lo define Zavala de González, el daño psíquico "se configura no únicamente por la alteración del equilibrio de la personalidad de la víctima y sí

¹⁶³ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 227

¹⁶⁴ CCivCom Azul, Sala II, 12/07/96, JA, 1997-III-213. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", *ob.cit.* pág., 225

¹⁶⁵ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", *ob.cit.* pág., 226

también por la agravación de un desequilibrio precedente"¹⁶⁶.
"Como dice esta autora, en el último de los supuestos se aplica la doctrina de la concausa, debiendo el obligado responder sólo por el agravamiento. Las decisiones judiciales han acompañado estos criterios, que podemos extractar en los siguientes pronunciamientos"¹⁶⁷:

c.1. "El daño psíquico, se trata de una alteración o modificación patológica del aparato psíquico, como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica"¹⁶⁸.

c.2. "El daño psíquico es, entonces, el que compromete la integridad psíquica de la persona. Es la alteración psicosomática del individuo, de sus condiciones mentales. La voz griega "psique" tiene el significado de "alma humana", pero en su acepción técnica vale por el conjunto de fenómenos y funciones que permite al individuo conformar una idea de sí mismo y del mundo, y desenvolverse según dicha idea"¹⁶⁹

¹⁶⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ: "RESARCIMIENTO DE DAÑOS", t. II, p. 193. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob.cit., pág., 227

¹⁶⁷ Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob.cit., pág., 227

¹⁶⁸ CNCiv, Sala I, 14/6/05, "Estigarriba, Dionisio c/Línea 22 SA s/daños y perjuicios", inédito. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob.cit., pág., 227

¹⁶⁹ Ello, según el significado expuesto en un diccionario de lengua italiana, el de Giacomo DEVOTO y Gian Carlo OLÍ, IA. ed. (1971), 27A. reimpresión, Le Monnier, Florencia, 1987, pág. 1816. Dejo constancia, en todo caso, del carácter general de mi definición.

En páginas reveladoras, CENDON, "Apptmti sul danno psichico", en "Responsabilità civile e previdenza", 2000, pág. 4, ha llamado la atención

En esa línea, hay quienes plantean diferencias respecto del daño moral:

Así, Carlos Alberto Ghersi, escribe: "Consideramos importante resaltar que para la distinción entre ambos daños debe atenderse al carácter patológico del daño psíquico. Este último constituye una enfermedad y, por lo tanto, es diagnosticable por la ciencia médica. Ello no sucede con el daño moral. En este sentido, coincidiendo con Milmaniene en lo expresado, se inscribe el daño en el plano psicopatológico, debiéndose descartar valoraciones de tipo moral. No se trata de comprender ni de identificarse moralmente con alguien, sino que se impone arribar a un diagnóstico clínico preciso que arroje la medida de la significación simbólica de determinado trauma sobre un sujeto particular.

*sobre el reciente interés que ha generado esta figura de daño en la doctrina italiana, y ha atribuido el estado de cosas anterior (donde el punto era prácticamente ignorado) a tres singularidades: "las dificultades intrínsecas del tema, la gran oscuridad del mismo, y la escasez de materiales a analizar. Y sobre la base de todo ello, la impresión de un obstinado desinterés entre nuestros tortmen respecto de argumentos de este género". Del mismo autor, en colaboración con Giuseppe CLTARELLA, se ha publicado el volumen *Animefolli. Disagiopsicbico, danno e riparazione*, Marsilio Ed., Venecia, 1997. En opinión de ALPA, *La responsabilita civile*, cit., pág. 376, "cuando el jurista reflexiona sobre el daño psíquico está pensando en este tipo de daño en dos acepciones distintas: la primera, entendida como «consecuencia» del daño físico (el daño psíquico entendido como directa consecuencia de la destrucción de valores, producida a través del daño físico); la segunda, más interesante, [...] consiste en el análisis del daño psíquico entendido en sentido «autónomo», es decir, se verifica cuando un hecho ha provocado sólo, o principalmente, alteraciones de tipo mental y no está acompañado de lesiones físicas". La misma distinción es admitida por MONATERI, *La responsabilita civile*, cit., pág. 300. Citado por LEON, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 160*

El daño moral, en cambio, no necesariamente se expresa a través de síntomas o de cualquier otra alteración psicopatológica. La evaluación, entonces, no es clínicamente objetivable; por ello, el daño moral configura una categoría ajena al daño psicológico”¹⁷⁰.

Asimismo, continua el autor en base a CNCiv, Sala H, 17/02/05: “El daño psicológico debe diferenciarse del daño moral, debiendo indemnizarse por separado y con independencia de que se conceda una reparación por este último concepto, pues el daño moral sucede en la esfera de los sentimientos, en tanto el menoscabo psíquico, afecta el razonamiento. El daño psíquico tiene entidad autónoma, pues se refiere a la lesión en el funcionamiento del cerebro y que la procedencia de la indemnización se refiere verificar cada caso en especial”¹⁷¹

Por su parte, el profesor Leysser León, citando a Cendon en su obra *Appimti Sul Danno Pichico*, escribe el que “Es evidente -a juicio de Cendon- la necesidad para el estudioso de aclarar los aspectos válidos para distinguir el área del daño moral, respecto del área del daño psíquico”¹⁷².

Así, señala, surge la necesidad de que el daño psíquico se ubique esencialmente en el terreno de las «lesiones», es decir, de las

¹⁷⁰ GHERSI, Carlos Alberto: “CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO”, *ob.cit.*, pág., 232

¹⁷¹ CNCiv, Sala H, 17/02/05, “Hoyos, Felipe G. c/Gómez, Carlos S. s/daños y perjuicios” Citado por GHERSI, Carlos Alberto: “CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO”, *ob.cit.*, pág., 224

¹⁷² CENDON, “APPIMTI SUL DANNO PICHICO”, *cit.*, pág. 9. Citado por León, Leysser: “La Responsabilidad Civil, líneas fundamentales y nuevas perspectivas”, *ob. Cit.*, pág. 161

patologías en sentido estricto. No se trata de meras aflicciones genéricas, ni hay aquí pañuelos empapados de lágrimas, continua Cendon, sino auténticos comprometimientos de la salud psíquica, determinados con carácter provisorio o definitivo para el afectado.

En ese sentido, concurrirían fracturas en sus códigos oficiales de comunicación, modificaciones objetivas, aunque estrictamente personales, trastorno de la razón, del intelecto o del carácter del individuo. Fenómenos «internos», que serían susceptibles de repercutir progresivamente en momentos de empeoramiento, sea en el terreno patrimonial, sea en el terreno biológico/ existencial, sea en el terreno moral/de sufrimiento, o sólo en algunos de estos, porque es raro que ninguno de los mismos se vea afectado; de todas formas, la repercusión es siempre distinta, según el caso y víctimas específicos¹⁷³.

En esa línea: "Se ha diferenciado la incapacidad sobreviniente de carácter físico de la naturaleza psíquica, definiéndose a la primera como las limitaciones de la capacidad física genérica de la persona, que son consecuencia de las lesiones experimentadas por la víctima y caracterizándose a las segundas como la alteración de la personalidad, es decir, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración en el medio social.

¹⁷³ CENDON, "APPIMTI SUL DANNO PICHICO", *cit.*, pág. 9. Citado por León, Leysser: *Ob. Cit.*, pág. 161

No media un desdoblamiento injustificado de la incapacidad, sino la manifestación de dos distintos tipos de incapacidad (CNCiv, Sala K, 23/10/92, "M., M. H., y otros c/Obra Social Pers. Ind. Plástico", LL, 1994-B-298). Daño psicológico es la lesión del funcionamiento de la psiquis, con el consiguiente quebranto de la personalidad que importa un menoscabo a la salud, considerada en su aspecto integral y su incidencia sobre la vida de relación (JuzgNCiv n° 58, 13/2/05, "Marchi, Luis F. c/Transportes Nueva Chicago CISA s/daños y perjuicios", inédito)¹⁷⁴.

En tanto algunos aspectos que deban mencionarse respecto de la cuantificación del daño psicológico, se tiene que: "Existe un pasaje¹⁷⁵, de De Cataldo- Neuburger¹⁷⁶, que resume de manera, yo diría, bastante incástica este problema: "El aspecto resarcitorio de los daños físicos y materiales soportados por la víctima es siempre objeto de estudio también porque, a partir de las primeras codificaciones del derecho romano ha sido esta la primera prerrogativa que le quedaba a la víctima; que después junto al daño físico, por así decir visible, puede ser también, en mucho casos, un daño de carácter psicológico, pienso que no debe haber escapado ni siquiera a nuestros más distantes progenitores; esta circunstancia, sin embargo, debe haber sido considerada como una fatalidad, un evento inevitable, que

¹⁷⁴ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit., pág., 309.

¹⁷⁵ Citado por CENDON, *ivi*, p.29, citado por ALPA, Guido: "RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES", traducción a cura de ESPINOZA ESPINOZA, Juan; primera edición; Gaceta Jurídica; Lima, Perú 2001, pág. 559

¹⁷⁶ DE CATALDO - Neuburger, *Lo stress psicologico da vittimazioni*, en *Dalla parte della vittima*, Milano, 1981, p.103. Citado por ALPA, Guido: "RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES", ob. Cit., pág. 559

escapando por su misma naturaleza a un control y, por consiguiente, a una cuantificación, debía ser por fuerza extraída de esta fortaleza de pragmatismo que ha sido siempre el derecho”¹⁷⁷.

En ese sentido, el maestro Guido Alpa, señala el que operando una evaluación de este comportamiento de los juristas frente al daño psíquico, se podrá percibir el hecho que al daño psíquico no se ha dado jamás sustancial relevancia y, por consiguiente, su incidencia de carácter económico en el ámbito de la sanción consecuente al daño, siempre ha sido considerada carente de cualquier efecto.

Así, uno de los argumentos que Cendon¹⁷⁸ usa para erosionar este principio y, por consiguiente, esta línea de tendencia, está justo en esto: Centralizar la atención sobre la naturaleza del daño psíquico.

En este punto, surgen los primeros problemas porque los juristas se encuentran, continua Guido Alpa, por así decir, provistos para apreciar el daño físico mientras no lo estarían para apreciar el daño psíquico. De aquí la dificultad para construir una calificación jurídica de este particular tipo de daño; trátase de un daño singular que se refiere a singulares sujetos, singulares efectos, singulares maneras en las cuales esta se manifiesta; y después de la calificación surge el problema de la cuantificación, entendida en el sentido de la

¹⁷⁷ SZASZ, "LA PSICHIATRIA A CHI GIOVA?, EN CRIMINI DI PACE. RICERCHE SUGLI INTELLETTUALI E SUI TECNICI ADDETTI ALL'OPPRESSIONE, TORINO", 1973, p. 439. Citado por ALPA, Guido: "RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES", pág.559

¹⁷⁸ CENDON, "IL PREZZO DELLA FOLLIA. LESIONE DELLA SALUTE MENTALE E RESPONSABILITÀ CIVILE". Bologna, 1984. Citado por ALPA, Guido: "RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES", ob. Cit., pág. 560

determinación de los criterios a través de los cuales se puede arribar a la individualización de la suma que debe ser ofrecida al dañado a título de resarcimiento satisfactorio. No es problema, afirma Guido Alpa, obviamente, como cualquiera sería llevado a creer, de mercantilización de la persona; muchas veces estas instancias de carácter moral se encuentran en las tesis de los juristas, algunas tanto para reducir el daño, como para ampliarlo, o para considerarlo completamente irrelevante.

Por otra parte, que haya llegado ahora el momento de cambiar la mentalidad y técnicas es un hecho fundamental en la experiencia italiana, sobre todo en un momento como el presente en el cual la persona ha devenido uno de los valores fundamentales del ordenamiento italiano, una de las referencias fundamentales para la solución de los conflictos inter-privados y de las relaciones entre ciudadano y comunidad. Es, por consiguiente, evidente que estos son los problemas preliminares que se deben poner para enfrentar de manera correcta las cuestiones de base, abiertas por Cendon¹⁷⁹.

Así, continua Alpa: "En el proceso de calificación jurídica del daño psíquico pueden aparecer muchas dudas, sea porque el daño se presenta en formas difícilmente comprobables desde el punto de vista médico, sea porque cuando el jurista piensa en el daño psíquico, piensa en este tipo de daño en dos acepciones diferentes: La primera, entendida como consecuencia del daño físico (el daño psíquico entendido como directa consecuencia de la destrucción de valores producida a través del daño físico); la segunda, más interesante

¹⁷⁹ ALPA, Guido: "RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES", ob. Cit., pág. 560

(porque es sobre ésta, fundamentalmente, que se funda Cendon), consiste en el análisis del daño psíquico entendido en sentido autónomo; es decir, se verifica cuando un hecho ha provocado solo, o principalmente, alteraciones de tipo mental y no está acompañado por lesiones físicas.

En todos los casos, sin embargo, los problemas son de difícil solución: En el primero se tiende a reconducir el daño psíquico en el área del daño no patrimonial, entendiéndose el daño psíquico como consecuencia ulterior y diferente respecto al daño físico que se ha inferido; con una equiparación un poco simplista, el daño psíquico es, por consiguiente, asimilado a uno de los factores que componen la fórmula traslativa en base a la cual se tiene daño moral resarcible cuando la lesión importa "perturbaciones de ánimo", "sufrimientos", entre otros aspectos; este daño después puede ser tomado en consideración, con fines de resarcimiento, cuando resulte el efecto de un delito.

Esa es la versión clásica del artículo 2059 del Código Civil italiano; allí no se habla el daño no patrimonial, se interpreta de manera reducida el dictado normativo, y forzando el texto, se equipara el daño no patrimonial, al daño exclusivamente moral; y allí donde la norma precisa que el daño moral es resarcido solamente en los casos expresamente previstos por la ley se hace una adición diciendo que éste es resarcible solo en los casos "previstos por el Código Penal italiano"¹⁸⁰.

¹⁸⁰ ALPA, Guido: "RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES", *ob. Cit.*, pág. 560

8. DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

Se afirma el que "(...) el "daño al proyecto de vida" sería el daño más profundo, más grave, que se puede causar al ser humano, entendido como ser que se proyecta permanentemente, para vivir, y como ser libre y temporal"¹⁸¹.

Así, pues, este tipo de daño encontraría sustento en la propia calidad ontológica del ser humano, y esto dado a que en su propia naturaleza, sólo el ser humano es capaz de «proyectar su vida» ya que ello sólo es posible tratándose de un ser «libre», coexistencial, y a la vez «temporal»¹⁸².

En ese sentido: "Sólo el ser humano, en tanto *ser libertad*, es capaz de elegir un «proyecto de vida». Este proyecto puede ser dañado en su cumplimiento en cuanto se despliega dentro de una coexistencialidad con otros seres. De otro lado, el «daño al proyecto de vida» es un daño actual, pero que se proyecta al futuro. Es un daño cierto y continuado. No se agota en un instante. Sus consecuencias, por lo general, acompañan a la persona hasta su muerte. [...] Un daño psicosomático puede afectar, en cierta medida, la plena o parcial ejecución del «proyecto de vida». La persona puede verse impedida de realizar a plenitud lo que, por ser libre, «decidió

¹⁸¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO: "DAÑO MORAL Y DAÑO AL PROYECTO DE VIDA", *cit.*, págs. 14 y sgtes., especialmente, pág. 16. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 290

¹⁸² FERNÁNDEZ SESSAREGO, "NUEVAS REFLEXIONES SOBRE EL «DAÑO AL PROYECTO DE VIDA», *cit.*, pág. 179. *ob. Cit.*, pág. 291. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 290

ser» o, tan sólo, ver menoscabada o retardada tal realización. La persona, en un caso límite, como derivación de un daño al «proyecto de vida», puede ver frustrada su propia realización existencial.

El trastrocamiento o frustración del «proyecto de vida» puede comprometer, en diverso grado o intensidad según los casos, el futuro de la persona. «Dejar de ser lo que se proyectó ser» puede tener como consecuencia el que la vida de la persona pierda «su sentido», su razón de ser, al no poder continuar vivenciando, con la misma intensidad, los valores que signaron su proyecto existencial y que, posiblemente, llegaron a justificar su razón de existir"¹⁸³.

Por su parte, "Fernández Sessarego especula que el planteamiento al respecto ha logrado respaldarse en el derecho "vivo" -la terminología es del jurista austríaco Eugen Ehrlich- según Clinto fluye de la argumentación judicial expresada en fallos recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José (Costa Rica), en causas resueltas entre los años 1998 y 2001"¹⁸⁴. Así, afirma, "en los casi diez años de elaboración del nuevo concepto de «daño a la libertad» en su expresión fenoménica o «proyecto de vida» en proceso de realización, este daño ha sido incorporado al derecho vivo tanto a nivel de la jurisprudencia supranacional como de la jurisprudencia comparada. Entre 1998 y el 2001 son tres, al

¹⁸³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, "NUEVAS REFLEXIONES SOBRE EL «DAÑO AL PROYECTO DE VIDA», cit., pág. 179. Ob. Cit. Pág. 291. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 290

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, "DESLINDE CONCEPTUAL ENTRE «DAÑO A LA PERSONA», «DAÑO AL PROYECTO DE VIDA» Y «DAÑO MORAL»", cit., págs. 58 y sgtes. Las sentencias citadas se pueden que consultar en <http://www.corteidh.or.cr>. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 291

menos, las sentencias de reparación de daños en las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica hace referencia, analiza y repara el «daño al proyecto de vida». En ellas, la Corte considera la reparación del «daño al proyecto de vida» al lado del tradicional resarcimiento de los denominados «daños materiales» -como es el caso del lucro cesante y del daño emergente- y de la indemnización del llamado «daño moral»¹⁸⁵.

Sin embargo, al respecto, Leysser León, refuta tal argumentación de Fernández Sessarego al precisar: "Ahora bien, y en primer lugar, yo tengo a la vista la sentencia del 18 de septiembre del 2003, en la causa *Bulado vs. Estado de la República Argentina*, y allí veo, escrito en letras bien claras que la distinción en materia de daño es la clásica francesa, es decir, entre daño material y daño inmaterial"¹⁸⁶. Donde, agrega, "A esta última bipartición se suman, también de modo expreso, otros principios de raíz francesa: El de la "reparación íntegra del daño" (*réparation intégrale*) y el de la "pérdida de la posibilidad de obtener una utilidad en el futuro" (pérdida de la *chance*)"¹⁸⁷.

En efecto -afirma el profesor León- la Corte, presidida, como en las sentencias de años precedentes, referidas por Fernández Sessarego, por Antonio A. Candado Trindade, señala que el motivo de la suma en

¹⁸⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *loc. ult. cit.* LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 291

¹⁸⁶ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 291

¹⁸⁷ LEÓN, Leysser L., "CONSIDERACIONES SOBRE LOS DAÑOS POR HOMICIDIO DE UN SER QUERIDO Y LAS TÉCNICAS PARA SU RESARCIMIENTO", *cit.*, págs. XXIV y sgtes. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 292

dinero a concederse a los familiares de Walter David Bulado, joven argentino de 17 años, detenido arbitrariamente en un operativo, y fallecido en un hospital a consecuencia de las lesiones físicas infligidas por efectivos policiales, se funda -apréciese bien- en la violación, generadora de daño, de una obligación internacional por parte del Estado, lo cual es un principio afirmado en la jurisprudencia de la propia Corte.

Dicha obligación "de reparar" -se dice también- se regula "en todos sus aspectos" por el derecho internacional. Así se entiende que la suma en dinero asignada a los familiares comprenda, en cuanto al daño material, conceptos que en nuestro medio serían más que discutibles, como la posibilidad de que Bulacio se hubiese convertido en un *caddiede* golf, o hubiese seguido la carrera universitaria de abogado"¹⁸⁸. Finalmente, "Por ambos rubros, determinados mediante cálculo de probabilidades, a la manera de los jueces del *common law*¹⁸⁹, se hace de cargo del Estado de la República Argentina, el pago de 124,000.00 dólares estadounidenses, que incluyen cierto "daño patrimonial familiar"¹⁹⁰.

9. SE CONCLUYE A TODOS LOS DAÑOS PRECISADOS

Pese a lo precisado anteriormente, "existe otra posición dentro de la doctrina, la misma que considera que estos daños tienen contenido

¹⁸⁸ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 292

¹⁸⁹ LEÓN, Leysser L., op. ult. cit., pág. XXIX. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 292

¹⁹⁰ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 292

propio y trascendente dentro del sistema de responsabilidad civil, tal es el caso de la posición sostenida por MOSSET ITURRASPE y otros autores argentinos y entre nosotros Carlos Fernandez Sessarego y sus seguidores (...). Pero en definitiva, para efectos del resarcimiento o reparación, estas abstracciones jurídicas no tienen mayor importancia práctica, porque el resarcimiento siempre se ejecutará mediante una pretensión in natura o pecuniaria, cuya magnitud y entidad serán determinados conforme a los criterios seguidos en los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales según sea el caso, no existiendo otras posibilidades resarcitorias, más allá de otros hechos concretos, como la pública retracción en caso de atentados contra el honor. Por lo que estas diferenciaciones resultan irrelevante, pues, en el campo de la responsabilidad civil lo que interesa es el resarcimiento del daño, y consecuentemente, solo será importante la argumentación o teorización orientada a su efectiva materialización, resultando innecesarias y contraproducentes las abstracciones teóricas, que aun cuando puedan constituir "hermosas declaraciones dogmáticas o de principios", no aportan mayores elementos para viabilizar la reparación del daño"¹⁹¹ Y es que como se precisó anteriormente los juristas suelen discutir demasiado sobre terminologías, "(...) con olvido sobre los problemas prácticos que plantea. Importa la efectividad y no tanto como se logre, en el sentido que, cualquiera que sea la técnica elegida, deben satisfacerse las finalidades del derecho de daños: La indispensable y urgente prevención de los daños a las personas y que se confiera un resarcimiento justo. Los daños a las personas versan sobre los menoscabos que se infieren a su vida, integridad psicofísica,

¹⁹¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.173

intangibilidad espiritual y proyección social. Sin embargo, el daño resarcible no reside propiamente en esos menoscabos sino que versa sobre las concretas repercusiones, económicas, espirituales de dicho tipo de lesiones. Así pues, una lesión a la persona puede efectuarla económicamente (daño patrimonial) y una lesión a su patrimonio puede perjudicarla espiritualmente (daño moral)”¹⁹²

Esto es, finalmente se tiene el que todos los daños precisados (daño a la persona, daño psicológico, daño al proyecto de vida), ya estarían contenidos dentro del daño moral, como se ha precisado anteriormente, y se expondrá también en el acápite siguiente. Y es que, en efecto, se tiene el que “Es suficiente repasar los artículos del Código Civil peruano para advertir que semejantes cuestiones podrían no incumbirnos en el fondo (a menos que se tenga como meta una exposición sistemática), porque las especies de daño presentes en nuestro texto legal no son otras que el daño en general (artículo 1969), el daño moral y el daño a la persona-, daño a la persona cuestionado, (artículos 1984 y 1985, y artículo 1322 en materia de inejecución de obligaciones). No es de extrañar, por ello, que los estudios de nuestro autor más autorizado en este tema, el profesor Carlos Fernández Sessarego, se hayan centrado, principalmente, en la delimitación conceptual del daño a la persona, como figura más comprehensiva e idónea, a su entender, para efectos de la íntegra reparación de las víctimas de aquello que, en otros contextos, se conoce, pues, con el nombre de “daño no-patrimonial”¹⁹³. Esta

¹⁹² ZAVALA DE GONZALES, “RESARCIMIENTO DEL DAÑO”, *cit.*, p.p 142 y 143, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.171

¹⁹³ LEON, Leysser: “LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS”, *ob. Cit.*, pág. 146

temática se volverá a analizar en el apartado "*TENER CLARO QUÉ DAÑOS SON INDEMNIZABLES*".

Ahora, al concurrir todos los elementos mencionados anteriormente, surge el:

10. RESARCIMIENTO DEL DAÑO

La primera premisa de la que se debe partir es en tanto que "Las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial"¹⁹⁴

En cuyo contexto Juan Espinoza¹⁹⁵ afirma respecto a la cuantificación de la reparación civil que para ello "no basta con reconocer un tipo especial de daño (*Esfera del an debeatur*), sino establecer una efectiva reparación del mismo (ámbito del *quantum debeatur*): Debemos contar con instrumentos auxiliares que nos permitan cuantificar la magnitud de las consecuencias de un hecho dañoso, a fin de tutelar al agente dañado, caso contrario, si se fija un quantum irrisorio o tímido, como de soluto sucede en la práctica jurisprudencial, se terminaría con banalizar la existencia y consiguiente tutela (...) del daño".

¹⁹⁴ Considerando 202 de la sentencia caso *la Cantuta Vs. Perú* 29 de noviembre de 2006 Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹⁹⁵ *ESPINOZA ESPINOZA, Juan: "DERECHO DE RESPONSABILIDAD CIVIL", Gaceta Jurídica, Lima.*

Asimismo, Gastón Fernández Cruz, señala el que “la constatación de la existencia de daños irreparables, en el sentido que, fácticamente, se comprueba la imposibilidad de poder restablecer el *statu quo* roto por la intromisión del daño (la muerte, verbigracia, no puede ser reparada), no puede llevar a negar la tutela resarcitoria de la víctima, quien, ante la imposibilidad de ser “reparada”, tendrá que conformarse con una tutela aflictivo- consolatoria que, al no poder desenvolver una función reparadora del daño, cumplirá una función de mitigación del mismo”¹⁹⁶.

Y es que “En palabras de BOUCHARD “La reconstrucción de la dignidad, la restitución de las identidades, se expresan con una sola palabra: Reparación. Solo la reparación puede ofrecer un nuevo horizonte de sentido a la exigencia de reconocimiento jurídico de la víctima, a la recuperación de la dignidad de los individuos implicados en el delito, a la pena misma, desgarrada entre un imposible ideal reeducativo y una práctica que disciplina solo mecanismos de exclusión... La reparación no es un sinónimo generalista del resarcimiento: En la medida que la reparación se libera de la referencia civilista a los daños del delito y se eleva a instrumento de modificación del hecho, superando una concepción plenamente objetivista del delito, es posible afirmar un principio reparatorio capaz de asegurar una función reintegradora al derecho penal”¹⁹⁷ Y, cabe

¹⁹⁶ FERNANDEZ CRUZ, Gastón, “LAS TRANSFORMACIONES FUNCIONALES EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LA OPTIMA SISTEMICA (ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES DE INCENTIVACIÓN O DESINCENTIVACIÓN Y PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS SISTEMAS DEL CIVIL LAW)” Citado por LEÓN, Leysser: “LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS”, ob. Cit., pág. 266

¹⁹⁷ BOUCHARD, M. (“Partire dalla vittima (Le vittime del quotidiano, le vittime del crimini contro I`umanitá, le vittime del futuro)”, *Questione*

acotarse, "Se decide la reparación para garantizar un beneficio económico que exprese la solidaridad del responsable frente a aquel que ha sufrido la lesión de un interés; beneficio que atañe, básicamente, más a las condiciones integrales de bienestar de la persona, que a la dimensión económica"¹⁹⁸.

En síntesis, en palabras de Guido Alpa, la regla fundamental, como varias veces se ha confirmado, es que el dañado luego de ser resarcido debería hallarse en la misma situación en la cual se encontraría si el evento no hubiese sucedido. Lo que sería, por consiguiente, una regla basada sobre una ficción: Aquella de cancelar el tiempo, y la historia para devolver al dañado, de manera específica o por equivalente, cuanto ha perdido¹⁹⁹

11. DE LA EVOLUCIÓN DEL RESARCIMIENTO

El derecho que siempre es cambiante y, ello a fin de mejorar el contenido de sus instituciones, ha evolucionado lo propio respecto al modo de resarcirse a la víctima. Como detalla Pilar Martín Ríos "La compensación a la víctima supuso un paso adelante en la erradicación de ideas de venganza en la resolución de conflicto. Así, en las antiguas Grecia y Roma existía una inclinación progresiva hacia pretensiones compensatorias, en detrimento de las meramente

Giustizia, 2004, núm. 2-3, pags. 539 y 540), citado por MARTÍN RÍOS, Pilar: "EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL: UNA APROXIMACIÓN VICTIMOLÓGICA", primera edición, Madrid - España, 2007, pág. 32

¹⁹⁸ ALPA, Guido: "ESTUDIOS SOBRE LA REPARACIÓN CIVIL", ob. Cit., pág.312

¹⁹⁹ ALPA, Guido: "RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES", ob. Cit., pág. 520

vindicativas que –al ser consideradas vestigios de indeleble, impronta, bárbara y evocadora de épocas ya superadas-, se encontraban cada vez más arrinconadas. El admitir los desagavios materiales suponía, asimismo, la introducción de parámetros proporcionales en las respuestas las agresiones padecidas”²⁰⁰

Asimismo, como lo afirma Tomás Aladino Gálvez Villegas, a estas alturas de la evolución del derecho, es que aparece la idea de la reparación o resarcimiento del daño de parte del responsable o del causante; por lo que el Estado establece los mecanismos de ejecución de la obligación resarcitoria; estableciéndose el principio general “que todo daño como tal genera la obligación de reparar”, criterio al cual se llegó fundamentalmente a partir de las teorías elaboradas por Grocio, Puffendorff y Domat²⁰¹.

En cuyo contexto, se tiene que “Actualmente, a través de las modernas teorías consideran que es la sociedad y solo la convivencia social la que crea las condiciones para que se produzcan los daños, y que se debe poner énfasis en la víctima del daño, más que en el responsable; consecuentemente, se debe dotar a la víctima de los mecanismos para obtener una cabal y fácil reparación. Este tipo de reflexiones han guiado al pensamiento jurídico hasta la más moderna teoría de la distribución o difusión social del costo de los daños también llamada distribución social del riesgo; esta sería de óptima aplicación, sobre todo en la responsabilidad por accidentes comunes;

²⁰⁰ MARTIN RIOS, Pilar: ob. Cit., pág. 28

²⁰¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: ob. Cit., pág.156

tal como sucede con los accidentes de trabajo que tienen naturaleza jurídica análoga”²⁰².

12. DE LA INTEGRIDAD COMO OBJETO DE RESARCIMIENTO

Al haber adquirido la persona el nivel de importancia con el que cuenta en la actualidad dentro del ordenamiento peruano, y siendo la integridad de esta uno de los principales pilares de dicho régimen, en tanto el respeto de su dignidad²⁰³ “(...), se tiene el que, siendo la responsabilidad civil un mecanismo de protección de situaciones jurídicas, resulta fácil de comprender que el objeto sobre el cual recae dicha protección es el interés relativo a la integridad”²⁰⁴

Además que, “Por su propia naturaleza, esta "integridad" de las situaciones jurídicas amparadas por el derecho es polivalente. No se trata simplemente de la integridad física, considerada como bien protegido por el derecho constitucional y penal, sino más bien del derecho a la preservación de los elementos que componen la esfera de la persona en un momento dado.

Si en este momento tengo doscientos soles en mi billetera, otros dos mil en una cuenta de ahorros, y otros mil que me pagarán por mi trabajo, y si tengo un departamento, un automóvil y otros bienes,

²⁰² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *ob. Cit.*, pág.156

²⁰³ Constitución Política del Perú, Artículo 1º.- *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*

²⁰⁴ LEON, Leysser: “LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS”, *ob. Cit.*, pág. 159

pues todo ello forma parte de mi esfera, en la misma medida que mi vida, mi salud, mi reputación, y los demás "bienes", en sentido lato, que son objeto de mis derechos fundamentales, constitucionalmente consagrados. Todo atentado injusto contra esta esfera podrá suscitar la activación del mecanismo de la responsabilidad civil"²⁰⁵.

Ello ha llevado a una regulación que pretende tutelar en su conjunto tales postulados; así pues el Código Civil de 1984, "en su artículo 1969, relativo a la responsabilidad extracontractual, establece que aquel que por dolo o culpa causa daño a otro, está en la obligación de indemnizarlo.

A la vez que dentro de la responsabilidad extracontractual el Código Civil es su artículo 1970 consagra el principio de responsabilidad por riesgo o peligro producido por un bien o una actividad riesgosa o peligrosa; igualmente, en sus artículos 1975, 1976, 1979 y 1981 consagran el principio de garantía de la reparación.

También considera a la equidad, en sus artículos 1954 y 1977 relativos al enriquecimiento sin causa, y a la responsabilidad de incapaces sin discernimiento respectivamente. Finalmente, hace referencia a la solidaridad como factor de atribución de responsabilidad en los casos en que considera ciertos tipos de daños sujetos a Régimen de Seguro Obligatorio en su artículo 1988"²⁰⁶.

²⁰⁵ LEON, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 160

²⁰⁶ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.157

13. NATURALEZA JURIDICA DE LA REPARACION CIVIL PROVENIENTE DEL DELITO Y LA REPARACION CIVIL COMO SANCION JURIDICO PENAL

En tanto la postura que considera a la reparación civil como sanción jurídico penal, se tiene el que "Hay autores que han considerado que en sede penal la reparación civil constituye una sanción penal, la misma que cumple una finalidad propia de la pena, y es que la segunda posibilidad de aproximar (...) el derecho penal y el derecho civil, sería la incorporación a la reparación como una sanción penal, colocada –para delitos determinados– autónomamente a lado de la pena privativa de libertad y de la multa y posible de ser impuesta, en casos apropiados, en su lugar"²⁰⁷.

Asimismo, Jeike Jung en cita de Roxin considera "[...] que la aceptación de una diferencia esencial entre pena y resarcimiento del daño ha obstaculizado hasta ahora su acción concertada [...] en el sistema general de control social. Una separación de esta clase, rígida, del derecho penal y del derecho civil, no se puede, empero, mantener [...]" ²⁰⁸.

Por ello es que se afirma que puede imponerse la reparación junto con la pena, o sustituirla en algunos casos. Lo cual es manifestado también por Sessar, quien partiendo de la crítica a las posturas radicales considera que la reparación no debe ser una alternativa al

²⁰⁷ SESSAR, citado por ROXIN: "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", cit., pág.143

²⁰⁸ ROXIN, "DERECHO PENAL, PARTE GENERAL", cit. Pág. 141

Derecho Penal, sino que debe integrarse al mismo. En el mismo sentido Schild, quien prefiere llamar compensación a la reparación, dice que esta no puede ser más que una pena²⁰⁹. Esto es, han considerado a la reparación civil como una consecuencia jurídica del delito de contenido penal al igual que las penas y las medidas de seguridad²¹⁰.

Por su parte se tiene el que "A partir de la idea correcta de la unidad de lo ilícito, Merkel llevó sus conclusiones a la afirmación de la unidad de las consecuencias de la ilicitud. La obligación de indemnizar el daño *ex delicto* y la de restituir, así como la coacción directa para reponer un estado de cosa, "sirven para el mismo fin que las penas", "coinciden con ellas en sus efectos mediatos y generales".

Esta posición fue llevada después a sus extremos, erróneamente, por los fundadores del positivismo, quienes asignaron a la reparación civil del daño el mismo fin que a las penas, en la medida en que aparece como parte de la función social de protección que corresponde al Estado en interés directo o derecho privado del ofendido, pero también en el interés indirecto, y no menos eficaz, de la defensa social; por lo tanto, no hay ninguna diferencia real entre el pago de una suma a título de multa con otra título de resarcimiento"²¹¹. Asimismo, "Algunos autores agregan a esta posición, que la

²⁰⁹ Ambos autores en cita de ALASTUEY DOBÓN, *ob cit.* Pp. 105 y ss.. asimismo, el último de estos en cita de SILVA SANCHEZ, "SOBRE LA RELEVANCIA JURÍDICO - PENAL DE LA REALIZACIÓN DE ACTOS DE REPARACIÓN", EN ESTUDIOS DE DERECHO PENAL, Grijley, Lima, 2000, pág.228

²¹⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.185

²¹¹ LOTAYF RANEA, Roberto: "LA ACCIÓN CIVIL EN SEDE PENAL"; editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 3

reparación civil derivada del delito tiene naturaleza penal debido a su importancia en la lucha contra el crimen en razón del papel intimidatorio que tiene el derecho penal”.

Sin embargo, contrario a este argumento, algunos de los defensores más destacados de esta tesis señalan que las amplias garantías concedidas a favor del derecho del perjudicado, demuestran que la ley ha atribuido también a la reparación civil el valor de un medio de lucha contra el delito, tanto más que si la pena es un mal, la reparación civil también lo es, a punto tal que, muchas veces ocasionan al autor o partícipe del injusto un dolor más intenso que la misma pena²¹²

Jurisprudencialmente:

En efecto, la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial sobre la naturaleza jurídica de la reparación civil, ha resultado tan discordante que ha llevado a establecer al primero que no se trata de una obligación de orden civil (STC Exp. 00695-2007-PHCITC, STC Exp. 5589-2006-PHCITC; Exp. 3953-2004-HC/TC) porque es "una verdadera condición de la ejecución penal". Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del 8 de julio del 2002, Exp. N.º 1428-2002-HC/TC, respecto a la naturaleza jurídica de la reparación civil, ha señalado: "[...] cuando los términos de la controversia se trasladan del proceso laboral al ámbito penal y, en esa sede, se condena a pagar beneficios laborales y, no obstante ello, no

²¹² BRAMONT Arias, Luis: "CÓDIGO PENAL", Lima.

se cumple, entonces, ya no puede sostenerse, por un lado, que dicho pago de los beneficios sociales sea de naturaleza civil, pues tiene la condición de una sanción penal[...]. Asimismo, en las sentencias de fechas 5 de julio y 12 de agosto del 2004 en los Exps: N.º 2982-2003-HC/TC 2-2003-HC/TC y N.º 2088-1004-HC/TC respectivamente, trata de explicar la naturaleza jurídica de la reparación civil, indicando: "Que la reparación civil se [...] 'afinca en el ámbito penal' y que al respecto se debe privilegiar fundamentalmente "... la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ello subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados"²¹³.

Por su parte, afirma Tomás Aladino Gálvez Villegas el que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil proveniente del delito, y esto en el marco de sendas acciones de habeas corpus interpuestas por condenados a pena privativa de libertad cuya ejecución se suspendió bajo reglas de conducta, entre las cuales se consideró el pago de la reparación civil o reparación del daño, conforme al inciso 4) del artículo 58 del Código Penal, y al no haber cumplido con esta regla (reparar el daño), luego de los correspondientes requerimientos, se procedió a revocar la suspensión de la pena y se dispuso la ejecución de esta (pena efectiva en vez de suspendida).

Ante ello los condenados, considerando que se ha violentado su derecho de libertad al haberse infringido el mandato constitucional

²¹³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 615

que estipula que no hay detención por deudas, procedieron a interponer las acciones de habeas corpus indicadas, donde el Tribunal para desestimar estas acciones, procedió se pronunció al respecto.

Sin embargo, del análisis de los fundamentos de las resoluciones en cuestión, sostiene Gálvez Villegas, los mismos no resultan convincentes. Pues, respecto a la naturaleza jurídica de la reparación civil, existe en la Ciencia del Derecho gran debate, siendo el pronunciamiento casi unánime que se trata de una obligación privada de contenido particular; y aun cuando existen ciertas opiniones que, basados en la legislación y jurisprudencia alemanas, le atribuyen naturaleza penal, y otras que la consideran como una tercera vía dentro del ámbito de las consecuencias jurídicas del delito, estas opiniones son minoritarias y los fundamentos que presentan a favor de sus posiciones han sido descartadas por el criterio mayoritario de la doctrina y, sobre todo, por las correspondientes legislaciones.

En todo caso, puede reflexionarse respecto a la naturaleza jurídica de la reparación civil, desde una perspectiva de *lege ferenda*, mas no así desde el marco de la legislación vigente en casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos, sobre todo en el nuestro, afirma Gálvez Villegas, donde se ha establecido con toda claridad que se trata de una obligación privada de contenido patrimonial (artículo 101 del Código Penal).

Al parecer el Tribunal estaría manejando criterios que surgían del Código Penal de 1924, los cuales ya han sido variados con el actual Código Penal. Por lo que, concluye el referido autor, "(...) siendo así,

ante la orfandad de argumentos de estas decisiones del Tribunal, resulta discutible su efecto vinculante, puesto que dicho carácter vinculante está determinado por la solidez de los argumentos expresados en las decisiones, siendo estos fundamentos los que determinan el criterio a seguir por los demás operadores jurídicos al interpretar las normas, sin embargo, nada de esto se observa en estas decisiones. Consecuentemente, creemos que estas (...) no vinculan a los operadores jurídicos, quienes quedan libres para argumentar en sentido contrario en sus respectivas decisiones”²¹⁴.

En efecto, en el Perú, esta posición, no resulta sostenible, siendo pocos los autores modernos que la hacen suya actualmente, ya que las diferencias que existen entre la pena y la reparación resultan evidentes. En cuya virtud, pese a lo afirmado anteriormente: “En el Perú, la situación se ha resuelto a favor del criterio que atribuye a la reparación naturaleza privada como puede apreciarse del artículo 101 del Código Penal.

Sin embargo, en el artículo 231 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por el D.Leg 1204, respecto a las sanciones aplicables a los adolescentes infractores de la Ley Penal se hace referencia de la “reparación directa a la víctima”, como una sanción socioeducativa a imponerse al menor, y el artículo 321-D, define a dicha sanción como “la prestación directa de un servicio por parte del (la) adolescente, a favor de la víctima con el fin de resarcir el daño causado por la infracción”, con lo que se estaría asemejando el

²¹⁴ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 616

resarcimiento a una sanción²¹⁵, lo que es contrario a los criterios que fundan a nuestro ordenamiento en la materia, y que hacen entrever el poco debate técnico que se emplea al generar la normativa en el Perú, lo que ocasionaría en última instancia gravísimas contradicciones.

Y es que, en palabras de Gálvez Villegas, debe quedar claro sin embargo, que es necesario propugnar, por todos los medios, la reparación del daño ocasionado por el delito, pero para ello no hay necesidad de recurrir a categorías propias del derecho penal o darle a la reparación un tratamiento de sanción jurídico penal, porque ello en lugar de constituir un medio eficaz para el logro de este fin, más bien lo entorpece, frustrando de este modo la justa aspiración del damnificado.

Pues, al hablar de pena, continua Gálvez Villegas, de inmediato entran en acción diversos mecanismos y principios propios de la protección de los derechos fundamentales del procesado, que conlleva a que por ejemplo, cualquier caso de duda se resuelva a favor del inculcado, que se observe estrictamente el principio de legalidad, el principio de la ley más favorable, la rigurosidad de la tipicidad, al contrario de lo que sucedería en el ámbito civil si se le adjudicara naturaleza civil a la reparación, en el cual se busca la equidad o proporcionalidad, propendiendo a la resolución de los conflictos estableciendo el término medio para cada caso, y sobretodo buscando reparar todos los daños que se puedan imputar al responsable²¹⁶.

²¹⁵ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit., pie de página, pág. 201*

²¹⁶ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit., pág.199*

14. REPARACIÓN CIVIL: NATURALEZA PRIVADA

Entre los autores que sostienen el carácter civil del resarcimiento *ex delicto*, se tiene que Antonio Quintano Ripollés²¹⁷, se inclina por la naturaleza civil de la reparación, señalando que ello es posible en razón de que el derecho penal ostenta una estructura mixta, es decir, penal en su exigencia material y procesal (entiéndase ejercicio y desarrollo), pero a la vez privada puesto que está compuesta de obligaciones de carácter patrimonial, renunciables, transmisibles.

En esa misma línea, sostiene César San Martín²¹⁸, la reparación - de naturaleza civil por su origen y sus efectos -no tiene por qué derivar del delito ya que lo cataloga como institución propia y distinta al delito y también sus consecuencias.

La responsabilidad civil *ex delicto*, a los efectos de la indemnización, - señala - no sólo no deriva del delito como daño por el que eventualmente se condena al autor; sino que ni siquiera tiene porque derivar de un delito como infracción, en el sentido de conducta objetiva y subjetivamente típica, antijurídica, culpable y punible. Lo que linda con lo afirmado por José Luis Castillo Alva²¹⁹, quien sostiene que la reparación civil no siempre se determina con la pena puesto que para esta última sólo requiere de una conducta típica,

²¹⁷ QUINTANO, A. "LA ACCIÓN TERCERA O CUASI CRIMINAL PROPIA DE LA LLAMADA RESPONSABILIDAD CIVIL DIMANADA DEL DELITO", (1946). RDPri.

²¹⁸ SAN MARTÍN, César: "DERECHO PROCESAL PENAL", tomo II, Grijley, Lima, 2003.

²¹⁹ CASTILLO, J. L. (Diciembre 2003). La reparación civil derivada del delito. *Actualidad Jurídica*. tomo 121 , 102.

antijurídica y culpable, mientras que la reparación civil exige la constatación de un daño causado de manera ilícita.

Y es que "(...) la simple circunstancia de que su regulación se incluya en el Código Penal no le confiere naturaleza penal²²⁰" Contrario a lo cual se tiene que, como lo escribe San Martín²²¹ en su libro Derecho Procesal Penal, para la efectivización de la reparación civil se requiere efectuar una remisión a la ley procesal civil. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, el Código Penal únicamente regula aspectos procesales accesorios a la reparación, donde se apela a la remisión al Código Civil (artículo 101 del Código Penal²²²), lo que facilita la determinación de la naturaleza jurídico - civil y ordinariamente patrimonial de la responsabilidad ex delicto.

Por su parte, Tomás Gálvez, en su libro La Reparación Civil en el Proceso Penal señala: "consecuentemente, y conforme a las ideas vertidas por la mayoría de los autores sobre el particular, concluimos que la reparación civil no puede configurar bajo ningún supuesto una sanción jurídico penal, ya que se sustenta en un interés particular, tiene naturaleza distinta de la pena y por ningún motivo puede cumplir las funciones de ésta (...)"²²³. Lo cual se corrobora con lo señalado por Prado Saldarriaga, quien rechaza todo intento de

²²⁰ FERNANDEZ FUSTES, M^oD, "La intervención de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la acción civil)", Valencia, 2004, pág.228, citado por MARTIN RIOS, Pilar: Ob. Cit., pág. 40

²²¹ SAN MARTÍN, César: "DERECHO PROCESAL PENAL", tomo II, Grijley, Lima, 2003.

²²² Artículo 101 Código Penal.- La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

²²³ GÁLVEZ, Tomás: "LA REPARACIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL", Idemsa, Lima. PALACIOS, R.: "RELACIÓN CIVIL Y PROCESO PENAL", Tomo 133, Actualidad Jurídica, 1999, pág. 54-55

considerar a la reparación civil como pena u otro tipo de sanciones jurídico-penales²²⁴. Así pues, en la responsabilidad civil "se pone énfasis en el daño producido y en la necesidad de su reparación; el asunto es acá el resultado de la acción humana, a diferencia del ámbito penal en el que más importa la acción que afecta al bien jurídico, el peligro que se genera para este o la infracción de los deberes de los cuales es o era portador el sujeto. Si de modo mediato, la responsabilidad civil también se orienta a la prevención de los daños (como también lo hace el ordenamiento jurídico en su conjunto) esto solo constituye una función eventual e indirecta, la misma que por sí sola no tendría ninguna importancia, si es que previamente no se cumple con la función resarcitoria o reparadora"²²⁵

Asimismo, "(...) la responsabilidad civil, y por ende el resarcimiento evolucionó desde un carácter puramente aflictivo, es decir desde el carácter sancionatorio o penal hasta un carácter puramente reparatorio, aun cuando en la actualidad existen posiciones de autores muy respetables que desde la perspectiva del derecho penal, pretenden regresar a la conjunción de ambas responsabilidades (civil y penal) en una sola categoría, otorgándole al resarcimiento una naturaleza jurídico-penal.

Queda establecido que la pretensión resarcitoria o reparatoria se ejercerá en el ámbito del derecho civil y procesal civil, y la pretensión penal o sancionatoria en el ámbito del derecho penal o

²²⁴ PRADO SALDARRIAGA, Victor: "LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO EN EL PERÚ", *Gaceta Jurídica*, Lima, 2000, pp.275 y ss., citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.204

²²⁵ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.234

administrativo sancionatorio; y cuando el hecho dañoso, además de general el daño resarcible, constituyera delito, el ejercicio de las acciones resarcitorias se realizara en el propio proceso penal, salvo casos excepcionales en que al iniciarse el proceso penal se haga la reserva de vía civil para el resarcimiento”²²⁶

Podrá decirse, no obstante, que la pretensión cambia su naturaleza privada cuando es el Ministerio Público quien la ejercita en el proceso penal, sin embargo, si bien es cierto esta entidad actúa ejerciendo un interés público, su intervención está orientada a lograr la satisfacción de la pretensión privada a favor del agraviado, pues la Corte Suprema de la República en el acuerdo Plenario N°5-2011/CJ-116, del 6 de diciembre del 2011, establece “(...) la participación del Ministerio Público será por sustitución, esto es, representa un interés privado”²²⁷ Así pues, “Antes de la vigencia del Código Procesal Penal, (...) aun en casos de desistimiento o transacción respecto a la reparación civil ventilada en el proceso penal por parte del agraviado, el Fiscal en su dictamen o el Juez en la correspondiente sentencia, tenían que referirse necesariamente a la reparación civil, para cumplir con la formalidad normativamente establecida²²⁸, aun cuando ya no podía solicitar o imponer la obligación reparatoria”²²⁹.

²²⁶ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.157

²²⁷ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pie de página, pág.205

²²⁸ Este criterio no era posible durante la vigencia del Código Penal de 1924, pues prohibía la transacción o cualquier mecanismo privado de extinción de la obligación resarcitoria proveniente del delito, lo cual con la legislación vigente ha cambiado totalmente, pues el propio Código Civil en su artículo 1306 dispone que se puede transigir sobre la responsabilidad civil proveniente del delito. Criterio que es asumido por el nuevo Código Procesal Penal. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.206

²²⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.206

Asimismo, también respalda esta postura²³⁰:

a) el hecho que la responsabilidad civil no es personalísima, a diferencia de la pena (el obligado a la reparación civil puede ser un tercero)

b) el criterio de carácter formal establecido por el artículo 101 del Código Penal, que remite el tratamiento y regulación de la reparación civil a las disposiciones correspondientes del Código Civil

c) el hecho que la pretensión resarcitoria sea transigible y objeto de desistimiento dentro del proceso penal, con lo que se reconoce la titularidad exclusiva al sujeto pasivo del daño

d) la transmisibilidad hereditaria de la obligación. En efecto, "(...) la pena es estrictamente personal, aunque se trate de multa. Así, no pasa a los herederos, mientras que la obligación de indemnizar puede hacerse efectiva sobre los bienes del condenado aun después de muerto, al refractarse sobre los herederos, como señala Maggiore. Finalmente, como las sanciones civiles atienden solo al interés privado son pasibles de negociaciones, tales como la renuncia, la cesión o la transacción"²³¹

e) el hecho que la atribución de la obligación resarcitoria, puede obedecer a criterios objetivos, al contrario de la atribución de consecuencias de naturaleza penal, que únicamente tienen que sustentarse en criterios subjetivos (atribución de dolo o culpa)

f) asimismo, no en todos los delitos opera la reparación civil ni en todos los casos en que se dispone la obligación reparatoria nos encontramos frente a un delito (casos de ausencia de culpabilidad o de ausencia de una condición objetiva de punibilidad, cuando esta sea

²³⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.206

²³¹ LOTAYF RANEA, Roberto: *Ob. Cit.*, pág. 4

exigida por la norma penal, supuestos de excusa absolutoria, entre otros)

g) la medida de las consecuencias jurídico - penales ordinariamente se sustentan en la medida de la culpabilidad, la cual no opera para la responsabilidad civil, la que se sustenta en la entidad y magnitud del daño. Y es que, como señala Roberto Lotayf Ranea, "(...) hay una acentuada diferencia entre pena y reparación. En primer lugar, la acción civil, en orden a su naturaleza, es siempre resarcitoria, al revés de la acción penal que siempre es retributiva, puesto que importa la disminución de un bien jurídico y no responde al criterio económico de reparación de un daño, sino al principio de que "al mal del delito corresponde el mal de la pena". No importa una excepción a estos principios el carácter pecuniario de la pena de multa, ya que ella no está referida a la cantidad del daño ocasionado a modo compensatorio, sino que su imposición obedece a la gravedad de la infracción y se conmina, como toda pena, a título aflictivo (...) "²³². En efecto, tal como lo señala Lotayf Ranea, la pena adquiere distinta magnitud según la calidad del elemento subjetivo: A mayor malicia, mayor pena, y el mismo hecho puede determinar mayor o menor pena según sea doloso o culposo. Las indemnizaciones, en cambio, se regulan independientemente del grado de culpabilidad; puede variar su extensión, pero no las agrava el elemento subjetivo"²³³.

Jurisprudencialmente.

²³² LOTAYF RANEA, Roberto: *Ob. Cit.*, pág. 3

²³³ LOTAYF RANEA, Roberto: *Ob. Cit.*, pág. 4

Por su parte, el Poder Judicial ha reiterado a través de su jurisprudencia y de acuerdos plenarios, que la reparación tiene una connotación exclusivamente civil. Tal es el caso, de la ejecutoria suprema del 17 de febrero de 2006: R.N. N° 4885-2005 Arequipa, en donde señala que las consecuencias del delito no se agotan con la imposición de una pena o medida de seguridad, sino que surge la necesidad de imponer una sanción reparadora, cuyo fundamento está en función a que el hecho delictivo, no sólo constituye un ilícito penal sino también un ilícito de carácter civil; posición que - (...) - se encuentra también sustentada en los acuerdos plenarios N° 5/99 del 20 de noviembre de 1999, del Pleno Jurisdiccional de los Vocales Superiores integrantes de las Salas Superiores en lo Penal de los Distritos Judiciales de la República, en cuyo contenido se señala, en su tercer considerando que: "Para el Poder Judicial, la reparación tiene una connotación exclusivamente civil, y que su tratamiento en el proceso penal se sustenta esencialmente en razones de economía procesal, dado que si esta posibilidad no se le diera al Juez Penal, tendría que constituirse por cada proceso penal un proceso civil para que se ventile el tema de la indemnización, lo que resultaría inmanejable". De lo dicho, se infiere que para el Poder Judicial la reparación civil se encuentra incluida en el proceso penal sólo por razones de economía procesal, motivo por el cual no tiene ninguna diferencia en la naturaleza jurídica de la reparación si ésta es discutida en la vía penal o en la vía civil²³⁴

Asimismo, entre otros acuerdos se tiene:

²³⁴ *García-Pablos, A.: "INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL". España: Universitaria Ramón Areces, 2005*

Acuerdo Plenario del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema N° 6-2006/CJ-116 del 13.10.06, donde se ha señalado: 7. (...) Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con 'ofensa penal' -lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos".

Acuerdo Plenario N°5-2011/CJ-116, del 06 de diciembre del 2011, fundamento N°8 establece el que "(...) la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aun cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso, de determinar el quantum indemnizatorio -acumulación heterogénea de acciones-, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal²³⁵ "

En esa línea, la Corte Suprema de Justicia de la República, por resolución vinculante ha establecido: "Que la reparación civil no es pena y tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima"²³⁶ Este criterio es reiterado con más claridad aún, en otra jurisprudencia vinculante (publicada en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 10 de mayo del 2006), en el cual se establece que

²³⁵ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.207

²³⁶ R.N.N°948-2005. Junín, 07-06-05. Sala Penal Permanente, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 599

reparación civil: "[...] como es obvio no es una pena ni está dentro de los límites del *jus puniendi* del Estado, e incluso las reglas de prescripción en orden a su ejecución están normadas en el artículo 2001 del Código Civil"²³⁷

Así, "De este modo, la Corte Suprema de justicia ha establecido con claridad, que la reparación civil proveniente del delito, tiene naturaleza privada, (...). Este criterio también es asumido por la jurisprudencia extranjera, tal como indica CHOCLÁN MONTALVO al referirse a la jurisprudencia española²³⁸. Consecuentemente, aun cuando cierto criterio esbozado por el Tribunal Constitucional es contrario a esta posición, asumiendo que la reparación civil proveniente del delito tiene naturaleza penal, la Corte Suprema ha zanjado el asunto a través de sus pronunciamientos de carácter vinculante"²³⁹.

Pese a ello, "Lamentablemente, la misma SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, no ha mantenido criterios uniformes, pues con anterioridad, y con la participación de dos de los Vocales que participaron en la emisión de la resolución vinculante del 20 de abril del 2006, ha ensombrecido la claridad del criterio esbozado respecto a la naturaleza privada de la reparación civil y su finalidad orientada a

²³⁷ R.N.Nº2476-2006-Lambayeque, 20-04-06. Sala Penal Permanente, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 599

²³⁸ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, STS, 20-01-97 (Sr. Puerta Luis) en la que establece: "La reparación civil constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que ésta sea examinada en el proceso penal y nada impide que, por ello, su conocimiento sea deferido, en su caso, a la Jurisdicción civil". [CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, El patrimonio criminal, Dickinson, Madrid, 2001, p. 30]. Citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 600

²³⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 600

la reparación del daño, al establecer que"²⁴⁰: "[...] un delito de peligro abstracto, de riesgo o de pura actividad como el Tráfico Ilícito de Drogas, cuya punibilidad por lo demás tiene su origen en la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas, la reparación civil debe fijarse en función a la cantidad y dañosidad de la droga incautada, así como a la magnitud o entidad del hecho delictivo y el número de individuos que han participado en la comisión, sobre la base de los principios de suficiencia y razonabilidad y proporcionalidad"²⁴¹.

Así pues, "Aun cuando este pronunciamiento es anterior a la resolución vinculante, entorpece la línea de interpretación normativa y decisión jurisprudencial respecto a la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito. Esto se agrava en tanto este criterio confuso expresado en esta resolución, se reitera en posterior Acuerdo vinculante de los vocales de las salas penales de la Corte Suprema"²⁴².

Sin embargo, pese a ello, en síntesis podría decirse:"[...]Como se está ante una institución de naturaleza jurídico – civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido, y se proyecta, en cuanto a su contenido, a lo establecido en el artículo 93 del Código Penal, procesalmente está informada por los principios dispositivos y de congruencia [...] "²⁴³ En efecto, "La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por

²⁴⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 600

²⁴¹ Resolución de la Sala Penal Permanente, 21-09-04. Citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 600

²⁴² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 600

²⁴³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 574

el artículo 93 del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: El acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto a su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por el ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ofensa penal' —lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente— [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción/ daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.

Desde esta perspectiva el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que debe originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto (1) daños patrimoniales, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir —menoscabo patrimonial—; cuanto (2) daños no patrimoniales, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales —no patrimoniales— tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas —se afectan, como acota ALASTUEY DOBÓN, bienes

inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno— [Véase, ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la responsabilidad civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 157-159]"²⁴⁴

15. REPARACION CIVIL: COMO UNA "TERCERA VÍA"

Hay quien postula el que "(...) la responsabilidad civil cumple funciones de *reparación* (o de *reintegración*), porque aspira a "reconstruir para el damnificado la situación preexistente a la producción del efecto dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de naturaleza económica que lo compensen por la pérdida sufrida, y que eliminen la situación desfavorable creada por el ilícito (daño)"²⁴⁵; de *prevención*, "en el sentido de que la previsión del deber de resarcir el daño ocasionado induce a la persona a desarrollar su propia actividad con la adopción, cuando menos, de las medidas que normalmente son idóneas para impedir la producción de eventos dañosos para otros"²⁴⁶; de *punición*, en los ordenamientos jurídicos, como el italiano, donde se reconoce la reintegración en forma específica a pedido del damnificado (con el solo límite del caso en que dicha reintegración resulta excesivamente onerosa para el dañador); y de *distribución*, porque "la regulación hace que el daño recaiga en algunas personas que son capaces de soportarlo en virtud de la actividad desarrollada (empresarial), y de la consiguiente posibilidad

²⁴⁴ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 576

²⁴⁵ CORSARO, VOZ: "RESPONSABILITÀ CHILE I) DIRITTO CIVILE", EN *ENCICLOPEDIA GIURIDICA TRECCANI*, voi. XXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, pág. 2 (de la separata). LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 199

²⁴⁶ CORSARO, *loc. ult. cit.* Citado por LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 199

de que tienen para redistribuir entre otros (consumidores) el daño resarcido"²⁴⁷.

Sin embargo, cabe precisarse el que la variante de esta postura²⁴⁸ (...) que resulta importante y de actualidad en el debate doctrinario y jurisprudencial (dado el elevado nivel de argumentación y el hecho de ser sostenido por importantes penalistas como Roxin y Silvia Sanchez), es la que, sin considerar a la reparación como una pena o medida de seguridad y sin atribuirle un nuevo fin en el derecho penal, la concibe como una "tercera vía".

Esto es, le atribuye a la reparación efectos preventivos, tanto desde el punto de vista preventivo general así como especial, y tal como lo define Roxin, "[...] La restitución es, una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena, y que, en la medida que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla"²⁴⁹. Agrega además que esta concepción de la reparación se encuadra en el marco de la "prevención integrativa" en la que constituye "[...] una sanción autónoma en la cual se mezclan elementos jurídicos civiles y penales. Ella pertenece al derecho civil, en tanto asume la función de compensar el daño. Empero, debe ser modificada según proposiciones de metas jurídico penales si, dado el caso, también los esfuerzos reparatorios habrían

²⁴⁷ CORSARO, *op. ult. cit.*, pág. 3. Citado por LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 199

²⁴⁸ Entiéndase aquella que entiende a la reparación civil como una sanción jurídico penal.

²⁴⁹ ROXIN, "LA REPARACIÓN EN EL SISTEMA DE LOS FINES DE LA PENA", *cit.*, pág. 154, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.188

de ser considerados o si, en caso de delitos contra la generalidad, quizás también el trabajo de bien común pudiera ser aceptado como prestación reparatoria”²⁵⁰.

De este modo, se asume que la reparación civil está orientada a la satisfacción de intereses públicos o sociales más que a tomar en cuenta el interés particular de la víctima; vale decir, protege a las víctimas en potencia y no a la víctima específica y actual²⁵¹.

Contrario a ello, de cada uno de los argumentos esbozados se puede alegar el que:

1.- Respecto a que “la reparación cumple finalidades preventivas, específicamente la llamada “prevención integrativa”, por lo que puede sustituir a la pena o atenuarla en determinados casos concretos, y por tanto, tendría una naturaleza propia del Derecho Penal; y sin constituir una pena o una medida de seguridad constituiría una tercera consecuencia jurídico penal, una ‘tercera vía’”; se refuta el que esta posición asume el que los únicos elementos del control social lo constituirían los instrumentos jurídico penales²⁵², desconociendo que el control social proveniente del Derecho (control jurídico) está integrado por todo el conjunto de normas jurídicas que integran sus diversas ramas; esto es, del Derecho Civil (a través de la atribución

²⁵⁰ ROXIN, “LA REPARACIÓN EN EL SISTEMA DE LOS FINES DE LA PENA”, cit., pág. 154, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.189

²⁵¹ SILVA SANCHEZ, “SOBRE LA RELEVANCIA JURÍDICO – PENAL DE LA REALIZACIÓN DE ACTOS DE REPARACIÓN”, cit. P. 227, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.189

²⁵² SILVA SANCHEZ, “SOBRE LA RELEVANCIA JURÍDICO – PENAL DE LA REALIZACIÓN DE ACTOS DE REPARACIÓN”, cit. 230, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.192

de la responsabilidad civil), del Derecho Administrativo (a través de la atribución de la responsabilidad administrativa, etc; y solo excepcionalmente se recurre al control proveniente del Derecho Penal (...), donde no todas las disciplinas o instituciones jurídicas que cumplen finalidades preventivas tienen naturaleza penal, pues el ordenamiento jurídico en su conjunto cumple finalidades preventivas, y la prevención proveniente del Derecho Penal, y de la pena en específico, solo constituyen formas como estas se expresan²⁵³ Mientras, "(...) por el contrario, dicha función preventiva de la reparación, constituye parte de las funciones del Derecho de Daños"²⁵⁴, esto es, no es necesario considerar a la reparación civil como una institución de naturaleza penal en el entendido de que serviría como un instrumento de control social (al cumplir finalidades preventivas), pues si se considerase en una vertiente civil igualmente se cumpliría con dicho fin.

2.- En tanto que se entiende por prevención integrativa, aquella que consiste en una mezcla de elementos civiles y penales, es de acotarse el que es errado que el simple esfuerzo reparatorio pueda cumplir una finalidad propia de la reparación o de la pena, en el marco en el cual se cree el que la reparación como tercera vía no es un medio de lucha contra el hecho injusto, sino que es el medio del que se serviría el delincuente para defenderse preventivamente de la intervención del medio de ataque del Derecho, esto es, sería la ocasión que se da al delincuente de sustraerse de la pena. Y ello pues el simple esfuerzo no tiene ningún significado o trascendencia, al no haberse realizado resarcimiento alguno, por más intentos que se

²⁵³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.192

²⁵⁴ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.193

hubiesen hecho; u, en todo caso, estos esfuerzos, efectivamente pueden reflejar el arrepentimiento del agente, pero ello debe ser considerado en la determinación de la pena concreta, sin que ello signifique que dichos esfuerzos cumplen las finalidades de la pena y por ello, la reemplazan, y es que en las diversas legislaciones penales, y especialmente en la peruana, estos esfuerzos reparatorios, e inclusive la concreción de la reparación, solo funcionan como circunstancias atenuantes de la pena²⁵⁵.

3.- En lo referido a que la reparación está orientada a la satisfacción de intereses públicos más que particulares, se cree el que ello solo tendría sentido si se asumiera que la reparación persigue la satisfacción de la víctima en potencia (abstracta y general), mas no así a la víctima actual y concreta que es la que sufre el daño en sus propios bienes jurídicos, y esto, pues, en el Perú incluso se ha plasmado que es el interés de la víctima real y concreta el que interesa, como puede advertirse en el artículo 3 de la Ley 27378, ley que establece beneficios de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada. Con un criterio como el que se sostiene, ni se satisface el interés público que busca la aplicación de la pena, como tampoco el interés particular de la víctima²⁵⁶.

4.- Por último, respecto a que la reparación tiene que ver más con el autor y la vigencia de la norma que con el agraviado y el daño ocasionado, el maestro Gálvez Villegas refuta aquello en el entendido que "actualmente están debidamente diferenciados el ámbito y funciones de la responsabilidad penal y el de la responsabilidad civil,

²⁵⁵ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.194

²⁵⁶ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.195

no pudiendo confundirse uno con otro, sobre todo si normativamente se hace la correspondiente diferenciación en los diversos ordenamientos jurídicos”²⁵⁷ Y es que, es evidente el que el concepto de autor y de vigencia de la norma señalado son conceptos de relevancia en el ámbito del derecho penal, mientras que el derecho civil es aquella rama del derecho encargada de lo concerniente al daño, donde el concepto de reparación queda claro es más vinculado a lo que respecto al daño y a la víctima, que al agraviado, todo lo que hace entrever el que los criterios esbozados por esta teoría, llámese ecléctica, tiene más influencia a lo que respecta entender a la reparación como una sanción jurídico penal, esto es la primera postura analizada, y que desdice en tratarse de una teoría nueva o independiente, teoría de la reparación civil como sanción jurídico penal que adolece de un sin número de críticas, de conformidad con lo ya señalado.

16. PRETENSIÓN RESARCITORIA PROVENIENTE DEL DELITO

La acción civil proveniente del delito “Es aquella que se otorga al perjudicado por un delito, para exigir la reparación del daño o su indemnización”²⁵⁸.

Esto es, “La pretensión resarcitoria consiste en la petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, a través de la cual se reclama la reparación del daño sufrido, en este

²⁵⁷ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.196

²⁵⁸ <http://cienciasjuridicasuesfmo.blogspot.pe/2013/06/ejercicio-de-la-accion-civil-en-el.html>, búsqueda del 23.01.17, 11.58 a.m.

caso por la acción delictiva. En tal sentido, con el ejercicio de la pretensión resarcitoria se busca iniciar un proceso cuyo objeto sea la reparación o resarcimiento del daño causado por la acción delictiva”²⁵⁹

También es de señalarse el que normalmente, como reseña Gálvez Villegas, la naturaleza de la pretensión determina el tipo de proceso judicial que se inicia o va a iniciarse, sin embargo, en el caso de la pretensión resarcitoria proveniente del delito, la misma que es de naturaleza civil, no incide en el tipo de proceso, puesto que esta se ejerce en un proceso penal ya iniciado en el cual se ha ejercitado la pretensión punitiva del Estado y por ello el proceso es de naturaleza penal, y por tanto, se seguirá conforme a las normas procesales penales principalmente y supletoriamente por las normas civiles y procesales civiles, dada la naturaleza de la pretensión resarcitoria que ha generado una relación procesal civil al interior del proceso penal²⁶⁰

Asimismo, de dicha acción civil proveniente del delito es necesario señalar el que²⁶¹:

- a. Prescribe a los dos años contados desde que se produce el hecho dañoso, (numeral 4 del artículo 2001 del Código Civil); este plazo de prescripción solo puede interrumpirse por requerimiento resarcitorio por parte del titular o del Ministerio Público, donde el inicio o continuación del plazo de prescripción puede suspenderse. Además que un supuesto especial de suspensión del plazo de prescripción es aquel en el que el plazo

²⁵⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.298

²⁶⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.298

²⁶¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.299

de prescripción queda en suspenso mientras no se pueda ejercitar la acción, y específicamente, no se puede ejercitar la acción en un proceso civil mientras aún no se resuelva lo pertinente en el proceso penal. En este caso, los dos años del plazo de prescripción de la responsabilidad civil extracontractual proveniente del delito empezara a contarse desde el día que se resuelve definitivamente el proceso penal sin haberse reparado el daño (artículo 1993 del Código Civil).

- b. Además de ello esta acción posee contenido transigible, es decir, el agraviado o actor civil, una vez ejercitada la acción resarcitoria o antes de ello, puede transar con el obligado o deudor (agente del delito o tercero civil). Aparte de lo cual, esta acción puede ser materia de desistimiento, con el correspondiente pago de las costas procesales de ser el caso.
- c. Finalmente, la acción civil ex delicto, es autónoma de la acción penal o de cualquier otra, por lo que, aun cuando el proceso penal concluya con una sentencia absolutoria, de todos modos se debe amparar la reparación civil si es que se hubiese acreditado la existencia de daños indemnizables en el proceso.

17. FORMAS DE LA PRESTACION RESARCITORIA PROVENIENTE DEL DELITO

Debe partirse de la idea de que al respecto no hay uniformidad en la doctrina ni en la legislación comparada respecto a las formas que

puede adquirir la prestación resarcitoria proveniente del delito, y esto pues existen códigos que consideran que el resarcimiento debe hacerse en especie (in natura) y en dinero, tal es el caso de los Códigos Alemán, Soviético, Austriaco, etc., mientras que otros consideran que el resarcimiento debe hacerse fundamentalmente en dinero, pero facultan a la víctima del daño a solicitar opcionalmente el resarcimiento in natura, como el código Italiano; a la vez que existen otros códigos que solo consideran la indemnización en dinero, como por ejemplo el Código de Vélez Sarfield.

Finalmente, en otras normativas no se menciona el problema, tal como lo hace el código español. En Francia, aunque el Código Civil Francés no establece expresamente la admisión de la reparación in natura, jurisprudencialmente se admite el derecho de la víctima de exigir este tipo de reparación²⁶².

En general, en el Código Civil peruano se ha establecido que la indemnización por daños y perjuicios siempre se traduce en la entrega de una suma de dinero, tanto para la responsabilidad contractual como extracontractual. No obstante, no parece existir mayor fundamento para que el agraviado se niegue al resarcimiento in natura, si el obligado se lo ofrece. En este sentido, en la responsabilidad civil en general, será la jurisprudencia la que determine si es o no posible la indemnización in natura dentro del ordenamiento jurídico peruano.

²⁶² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.166

Sin embargo, en el caso que ocupa, es decir respecto al resarcimiento proveniente de un hecho configurativo de delito, el artículo 93 del Código Penal considera como una de las formas indemnizatorias o parte integrante de la reparación, a la restitución del bien o bienes objeto del delito; con lo que se admite expresa y normativamente la reparación in especie; a la vez que también se puede considerar a la compensación, tal como se procede a analizar²⁶³.

a. REPARACION EN ESPECIE O IN NATURA. RESTITUCION

La reparación en especie o in natura "Suele también denominarse: reposición, restitución, resarcimiento in natura, reintegración en forma específica, etc., y puede abarcar la restitución de la cosa sustraída ilícitamente; la restitución de la cosa destruida por otra de su mismo género; la eliminación de todo lo ilícitamente hecho; la pública retracción de parte del ofensor en caso de injuria o difamación; así como también la entrega o devolución de los frutos o rentas que el bien hubiera producido durante el tiempo que permaneció en poder del agente (...); pero presenta problemas cuando por ejemplo el bien dañado es usado y no se puede devolver el mismo bien, por lo que la devolución o entrega de uno nuevo supondría un enriquecimiento de parte de la víctima, o cuando el costo de la reposición del bien resultara demasiado oneroso para el responsable, entre otros casos.

Frente a estas situaciones es preferible la indemnización pecuniaria. Por otro lado, y específicamente en el marco de nuestro Código Penal,

²⁶³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.166

se establece que la restitución del bien forma parte de la reparación civil, esto es del resarcimiento; de donde se desprende que dicho Código considera como una de las formas de resarcimiento o como parte del mismo, a la reparación en especie o in natura. Inclusive, la considera como forma preferente respecto de la reparación pecuniaria, al preverla en su artículo 93 como el primer componente de la reparación civil”²⁶⁴

b. REPARACION EN DINERO. INDEMNIZACION.

Respecto a la reparación en dinero se tiene el que esta “(...) está orientada a crear una situación económicamente equivalente a la que comprometió el daño producido. “Consiste en hacer que ingrese al patrimonio de la víctima un valor igual a aquel del que ha sido privada. No se trata ya de borrar el perjuicio sino de compensarlo”²⁶⁵”

Así se recurre al empleo del dinero en el entendido de que “Solo el dinero posee el valor de cambio absoluto; permite compensar siempre el daño producido, porque pone a la víctima en la posibilidad de procurarse los bienes o las satisfacciones que considere más adecuados para reemplazar lo perdido”²⁶⁶. Sin embargo, en el caso materia de la presente investigación, en la que se pretende referirse en lo concreto a la reparación civil en los casos de delitos contra la libertad sexual, y siendo que el principal daño en este supuesto es uno de carácter moral, se estaría más bien ante una función de la

²⁶⁴ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.167

²⁶⁵ MAZEAUD, “LECCIONES DE DERECHO CIVIL. LA RESPONSABILIDAD CIVIL. LOS CUASI CONTRATOS”, *cit.*, p. 396, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.168

²⁶⁶ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.168

responsabilidad civil de carácter "(...)aflictivo-consolatoria, o sea, mitigadora del sufrimiento, debido a la imposibilidad de "reparar" éste, en sentido estricto (...)”²⁶⁷

En síntesis, “La indemnización dineraria o pecuniaria puede llevarse a cabo de diversas formas aunque siempre consista en la entrega al perjudicado de una suma de dinero correspondiente a la medida del daño. Estas formas pueden ser: La entrega de una suma de dinero, la entrega de un capital que produzca una renta a favor del perjudicado o una renta vitalicia; quedando a la discrecionalidad del Juez y de la víctima”²⁶⁸.

18. TITULARIDAD DE LA PERSECUSIÓN DE LA REPARACION CIVIL PROVENIENTE DEL DELITO

Al respecto se tiene el que:

En primer lugar: El agraviado o sujeto pasivo del daño, llevado por su pretensión resarcitoria particular, solicitará la reparación o

²⁶⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "LAS TRANSFORMACIONES FUNCIONALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LA ÓPTICA SISTÉMICA (ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES DE INCENTIVACIÓN O DESINCENTIVACIÓN Y PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS SISTEMAS DEL "CIVIL LAW")", en ALPA, Guido; BIANCA, C. Massimo; CORSARO, Luigi; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón; FRANZONI, Massimo; MONATERI, Pier Giuseppe; SALVI, Cesare; y Piero SCHLESINGER, Estudios sobre la responsabilidad civil, trad. y ed. al cuidado de Leysser L. LEÓN, ARA Editores, Lima, 2001, pág. 270. Por función "satisfactoria", el autor entiende (ivi, pág. 278) la "garantía de consecución de los intereses que merecieron juridicidad por el orden jurídico, incluida la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés". LEÓN, Leysser: "La Responsabilidad Civil, líneas fundamentales y nuevas perspectivas", ob. Cit., pág. 200

²⁶⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.169

resarcimiento del daño sufrido, apersonándose debidamente en el proceso penal; es decir “constituyéndose en parte o actor civil” dentro del proceso penal.

En segundo lugar: La regla general es el que el titular de la pretensión resarcitoria es el agraviado por el delito, sin embargo, si el agraviado no se apersona en este proceso, o no se constituye en actor civil, las autoridades del control penal –jueces y fiscales-, han de perseguir el resarcimiento del daño. Sin embargo, si el agraviado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso.

Asimismo, la oportunidad para constituirse en actor civil es hasta antes de la culminación de la Investigación Preparatoria. Sin embargo, “(...) con el nuevo Código Procesal penal, (...) se ha establecido la posibilidad de que el agraviado se reserve la vía civil, para ejercitar su pretensión resarcitoria una vez que concluya el proceso penal”²⁶⁹

Así, siendo que se precisó el que la constitución en actor civil debe efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria, surgen como cuestiones a debatirse cuál sería el momento específico oportuno a ese respecto, esto es si la petición de constitución en actor civil podría formularse en la fase de diligencias preliminares, o si se requiere la formalización de la continuación de la Investigación Preparatoria. Donde se ha escrito: “Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente Acuerdo Plenario Procesal

²⁶⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.210

Penal es en tanto que la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria. En este punto lo que cabe dilucidar es si la petición de constitución en actor civil puede hacerse en la fase de diligencias preliminares —que integra la investigación preparatoria—, o si resulta necesario que se haya formalizado la continuación de la Investigación Preparatoria. Es de descartar la primera posibilidad fundamentalmente porque, como bien se sabe, al momento que se vienen realizando las diligencias preliminares el Ministerio Público aún no ha formulado la inculpación formal a través de la respectiva Disposición Fiscal; esto es, no ha promovido la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que mal podría acumularse a ella una pretensión resarcitoria en ausencia de un objeto penal formalmente configurado. Por lo demás, debe quedar claro que con la formalización de la Investigación Preparatoria propiamente dicha el Fiscal recién ejerce la acción penal, acto de postulación que luego de ser notificado al Juez de la Investigación Preparatoria (artículos 3 y 336.3 del Código Procesal Penal) permite el planteamiento del objeto civil al proceso penal incoado²⁷⁰.

Como se ha señalado: "El titular de la pretensión resarcitoria es el agraviado por el delito, comprendiendo dentro de este concepto a los directamente perjudicados por la acción delictiva o a sus sucesores en caso de muerte del agraviado directo; igualmente, a los accionistas, socios, asociados o miembros de las personas jurídicas.

Sin embargo, aun cuando no es titular de la pretensión de modo subsidiario, puede ejercitarla el representante del Ministerio Público,

²⁷⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 587

cuando por alguna razón no pudiese ejercitarla el agraviado o cualquiera de las personas anotadas precedentemente. No obstante, si el perjudicado concurriera al proceso constituyéndose en actor civil, esto es, si llegara a ejercitar la pretensión resarcitoria, cesa la legitimación del Ministerio Público respecto a dicha pretensión.

También se concede las facultades correspondientes a los agraviados, a las asociaciones sin fines de lucro en los casos en que se afectan intereses colectivos o difusos. En general, será titular de esta pretensión quien, conforme a la ley civil, esté legitimado para reclamar la reparación, tal como lo establece el artículo 94 de Código Procesal Penal. En este sentido, corresponde a las personas anotadas, el ejercicio de la pretensión resarcitoria en el proceso penal. En los casos, en que habiendo concurrido el agraviado al proceso penal, se reserva el derecho a utilizar la vía civil o transa con el obligado respecto a la obligación resarcitoria, o también cuando se desiste de la pretensión ya ejercitada, dicha pretensión ya no constituirá objeto del proceso penal, y no deberá existir pronunciamiento al respecto en la sentencia o resolución final.

También puede resultar titular de pretensión resarcitoria cualquier persona que hubiera sufrido un daño como consecuencia del acto delictivo, como el asegurador de un riesgo de responsabilidad; los que sufren un daño como consecuencia de un vínculo jurídico que los unía con la víctima del hecho, por ejemplo, el que mantenía un contrato, cuya prestación a cargo de la víctima del delito constituía una

obligación *intuitu personae*, y el hecho delictivo pone a la víctima en la imposibilidad de cumplir dicho contrato"²⁷¹.

Asimismo, "(...) en lo que respecta al trámite jurisdiccional para la constitución en actor civil del perjudicado por el hecho punible, el artículo 102 del Código Procesal dispone lo siguiente: "1. El Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que ha recabado información del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día. 2. Rige en lo pertinente, y a los solos efectos del trámite, el artículo 8".

Lo más importante, además del trámite previsto en el referido artículo 102 del aludido Código que establece la obligación del Juez de recabar información de los sujetos procesales apersonados y correr traslado de la petición, a fin de resolver dentro del tercer día, es el hecho de analizar si este procedimiento de constitución en actor civil debe hacerse obligatoriamente con la celebración de audiencia.

La lectura asistemática del artículo 102, apartado 1), del Código Procesal Penal puede sugerir a algunas personas que el Juez dictará la resolución sin otro trámite que el haber recabado la información y la notificación de la solicitud de constitución en actor civil. Empero, el segundo apartado del indicado artículo precisa que para efectos del trámite rige lo dispuesto en el artículo 8 —se trata, como es obvio, de una clara norma de remisión—. Esta última disposición estatuye que el procedimiento requiere como acto procesal central que el Juez lleve

²⁷¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.304

a cabo una audiencia con la intervención obligatoria del fiscal y, debe entenderse así, con la participación facultativa de las otras partes procesales. No es el caso, por ejemplo, del artículo 15.2.c) del Código Procesal Penal, que autoriza al Juez, bajo la expresión:"[...] de ser el caso", resolver un incidente procesal determinado solo si se producen determinados presupuestos. Resulta entonces que el trámite de la constitución en actor civil tendría que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo 1.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijado en el artículo 202.1 de la Ley Procesal Penal se refiere al plazo de expedición de la resolución correspondiente —que en el caso del artículo 8 es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo—, pero esta debe proferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia. Por consiguiente, no es posible deducir de la ley que la audiencia solo se llevará a cabo ante la oposición de una parte procesal, pues tal posibilidad no está reconocida por el Código Procesal Penal y sería contraria al principio de legalidad procesal.

No obstante ello, la vulneración del derecho objetivo no necesariamente produce nulidad de actuaciones, pues esta tiene como presupuestos no solo la vulneración de la ley sino principalmente la generación de una indefensión material a las partes procesales o la absoluta desnaturalización del procedimiento lesiva a los principios y garantías que le son propios e insustituibles. La nulidad, pues, está

condicionada a las infracciones de relevancia constitucional se anotan"²⁷².

Ahora, en cuanto a la actuación misma del actor civil, es de acotarse el que: "(...) No debe olvidarse que la naturaleza de la acción reparatoria es fundamentalmente patrimonial y es por ello la denominación del titular de ella: "Actor civil". Este deberá, en primer término, sustentar en el proceso cómo es que ha sido perjudicado por la conducta imputada al investigado y cómo el daño sufrido puede ser resarcido.

Si bien en muchos casos se admite que hay un componente moral en la colaboración del actor civil en el proceso a fin de aportar con elementos que permitan probar la comisión del ilícito, lo cierto es que todas las facultades de este apuntan formalmente a la acreditación, aseguramiento y pago de una reparación civil. Ahora bien, para poder constituirse en actor civil (el agraviado que actúa procesalmente para hacer valer su derecho a la reparación civil por el daño causado con el delito) deben reunirse los requisitos puntualizados en el artículo 100 del Código Procesal Penal.

En efecto, ocurre que el citado cuerpo de leyes ha establecido lo siguiente: La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria. Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad: a) Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal; b) La indicación del

²⁷² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 587

nombre del imputado y, en su caso, el tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder; c) El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y d) La prueba documental que acredita su derecho conforme al artículo 98”²⁷³.

Así, en palabras del maestro Tomás Gálvez, si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado —que ejerce su derecho de acción civil— precise específicamente el quantum indemnizatorio que pretende, y esto pues se establece como requisito “(...) El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión (...)”. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave del ordenamiento jurídico nacional pues con el transcurrir del tiempo la práctica tribunalicia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal²⁷⁴, problemática que es precisamente materia de la presente tesis.

Por otro lado, en este acápite también en menester brindar una noción de los “*daños reflejos*”. Así, se entiende por estos a “(...) aquellos que se producen en titulares de situaciones jurídicas subjetivas diversas de la del lesionado inmediato del evento, en

²⁷³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 586

²⁷⁴ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 586

atención a la particular situación jurídica en que aquellos se encuentran respecto de sujetos que alegan haber sufrido este tipo de daños"²⁷⁵.

Comparativamente, Dámaso Simón Dalmacio Vélez Sarsfield, abogado y político argentino, autor del Código Civil de Argentina de 1869, vigente hasta 2015, como detalla Leysser León, consagró dos artículos del Código Civil argentino a la regulación de los denominados daños reflejos; así, en el artículo 1084 se lee que "si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla", y en el artículo 1085 se estableció que "el derecho de exigir la indemnización de la primera parte del artículo anterior compete a cualquiera que hubiere hecho los gastos de que allí se trata. La indemnización de la segunda parte del artículo sólo podrá ser exigida por el cónyuge superviviente y por los herederos necesarios del muerto, si no fueron culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo. Asimismo, agrega, en el sistema inglés, la sesquicentenaria *Campbell's Act* de 1846 reconoce protección, de modo taxativo, al cónyuge, padres, abuelos, padrastros, hijos, nietos e hijastros de la víctima"²⁷⁶.

²⁷⁵ DUPICHOT, Jacques, "DES PRÉJUDICES RÉFLÉCHIS NÉS DE L'ATTEINTE A LA VIE 011 À L'INTEGRITÉ CORPORELLE", L.G.D.J., París, 1969, pág. 5. Citado por LEON, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 149

²⁷⁶ La referencia es de FLEMING, op. cit., pág. 669. El autor citado informa que este dispositivo se dio cuando comenzaron a proliferar los accidentes en

Por otro lado, los redactores del BGB hicieron lo propio, y anotaron en el § 844, 1^{er}. párrafo, que "en caso de homicidio, el obligado al resarcimiento debe restituir los gastos del sepelio a los que tuvieron el deber de asumirlo", y en el § 845, que "en caso de homicidio, de lesión al cuerpo o a la salud, así como en el caso de privación de la libertad, y si el lesionado estaba obligado por ley a prestar servicios a un tercero, en la casa o negocio de éste, el obligado al resarcimiento debe, con el pago de una suma en dinero, resarcir al tercero por los servicios con los que ya no contará"²⁷⁷.

Asimismo, "(...) En Francia, donde, (...), se habla de daños *par ricochet* ("de rebote"), ha existido un gran celo al precisar esta legitimación. Es importante rendir cuenta del estado de la cuestión en dicho sistema, por tratarse del ámbito en el cual tuvo origen esta categoría. Al respecto, Giovanna Visintini informa que los legitimados, en opinión de la doctrina y jurisprudencia francesas, serían los parientes próximos (*proches*) de la víctima"²⁷⁸. "Además, con el fin de evitar la proliferación de las demandas de resarcimiento, y de establecer una línea de demarcación entre el área de los sujetos legitimados a demandar (*victimespar ricochet*) y el área de los sujetos que carecen de este derecho, se ha exigido, desde hace mucho tiempo, la existencia de un *lien de droit* entre la víctima inicial

las recién operativas líneas ferroviarias. Citado por LEON, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 149

²⁷⁷ LEON, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 150

²⁷⁸ LEON, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 152

y los demandantes. La discrecionalidad de los jueces franceses ante las circunstancias concretas ha predominado en esta materia"²⁷⁹.

19. ACCESORIEDAD DE LA PRETENSION CIVIL EN EL PROCESO PENAL CONFORME AL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El numeral 2 del artículo 12 del Código Procesal Penal, en palabras de Tomás Gálvez Villegas, establece que de no poderse continuar con el proceso penal por cualquier razón, la acción civil resarcitoria puede ejercitarse en la vía civil.

Sin embargo, se cree que esta norma resulta bastante restrictiva, y no abarca todos los supuestos en que el agraviado puede recurrirse a la vía civil. Pues se refiere únicamente a los casos en que el proceso se reserva o se suspende, dejando de lado los casos en que el proceso fenece por cualquier causal de extinción de la acción penal sin haberse llegado al estado de emitirse sentencia; por ejemplo, cuando no puede continuar la persecución penal y terminar el proceso penal por amnistía, por muerte del agente del delito, incluso por prescripción de la acción penal, etc., en los cuales el proceso no se

²⁷⁹ VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile, cit.*, pág. 421. En la obra de Geneviève VLNEY, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, L.G.D.J., Paris, 1992, págs. 48 y sgtes.*, se analizan con miruciosidad las distintas implicancias de la ley francesa "destinada al mejoramiento de la situación de las víctimas de los accidentes de tránsito, y a la aceleración de los procesos de indemnización" (Ley N° 85-677, del 5 de julio de 1985), en cuyo artículo 6 se establece: "Le préjudice subi par un tiers du fait des dommages causés à la victime directe d'un accident de la circulation est réparé en tenant compte des limitations ou exclusions applicables à l'indemnisation des dommages". LEON, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 152

suspende ni se reserva sino se extingue o caduca sin haberse llegado a determinar la existencia, la entidad y la magnitud del daño ocasionado. En estos casos no existe impedimento para recurrir a la vía civil; sin embargo, el contenido de este numeral genera oscuridad al respecto.

En tal sentido, debiera agregarse a este inciso: "o la acción penal se extinguiese sin haberse llegado a determinar la existencia, entidad y magnitud del daño"²⁸⁰.

20. ACUMULACION DE LA ACCION RESARCITORIA Y DE LA ACCION PENAL

Se debe partir de citar al modelo anglosajón y modelo continental como sistemas de reparación donde se señala el que: "Por lo que respecta al primero de ellos, se caracteriza por la nítida separación entre los procesos civiles y penales, no cabiendo la articulación de la pretensión civil en el curso de un proceso penal"²⁸¹. Por ello, cualquier género de expectativa indemnizatoria que, a raíz del padecimiento de

²⁸⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.305

²⁸¹ *Igual ocurre en el sistema procesal uruguayo, cuyo artículo 11c.p.p. prescribe el ejercicio separado de la acción penal y de la acción civil, sin perjuicio de que en sede penal el damnificado pueda solicitar la adopción de medidas cautelares. En la exposición de motivos del c.p.p. brasileño se establece la separación entre ambas acciones, afirmándose que ese sistema pretende evitar alterar el proceso criminal con cuestiones patrimoniales, por la pérdida de agilidad que causaría el mismo. El Alemania, el procedimiento de reparación es poco utilizado ante los Tribunales penales, pues la separación entre la acción penal y la civil hace que la indemnización corresponda habitualmente a los tribunales civiles. En virtud del par. 405 StPO, el Tribunal podrá rechazar la demanda por ser inadmisibles o no conciliables en un proceso penal. Asimismo, será posible que la estime, en todo o en parte, evaluándose el montante de la indemnización por el Juez Civil. MARTIN RIOS, Pilar: *ob. Cit.* pág. 55*

un hecho delictivo, tenga el perjudicado, deberá hacerse valer en un proceso civil. Frente a este modelo, encontramos el denominado "continental", propio de los países que cuentan con un sistema de *action civile*, que sí permite la tramitación conjunta de ambas pretensiones en el seno del proceso penal²⁸² Dentro del referido último modelo, se encuentra el peruano. En efecto, "Como se advierte, nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal.

En tal sentido Gómez Colomer expresa que una vez aceptada la existencia de la permisibilidad de la acumulación al proceso penal de uno civil, toca determinar el objeto del proceso civil acumulado, que no es otro que la pretensión y la resistencia, siendo el contenido de la referida pretensión, casi siempre, de naturaleza patrimonial [Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. El objeto del proceso. 12ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 110]. En otras palabras, la acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho"²⁸³.

²⁸² También el CP argentino (art.29) permite que la sentencia penal ordene la indemnización de daños y perjuicios . el art. 37 c.p.p. boliviano permite que la acción civil sea ejercitada tanto conjuntamente con la penal como ante los Tribunales Civiles, pero nunca simultáneamente. MARTIN RIOS, Pilar: Ob. Cit., pág. 55

²⁸³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 585

En esa línea se tiene el que “Con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aun cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el quantum indemnizatorio —acumulación heterogénea de acciones—, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal.

Gimeno Sendra sostiene, al respecto, que cuando expresa que el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil [Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal*, 2.a ed., Colex, Madrid, 2007, p. 257]”²⁸⁴.

Ciertamente, “El sistema de acumulación favorece la economía procesal, lo que redundará no solo en beneficio de la víctima que pretende su satisfacción, sino, por extensión, en el conjunto de la sociedad, perjudicada por la lentitud que imprime a nuestro sistema judicial la sobrecarga de trabajo que aqueja. Por otra parte, debe también admitirse que la acumulación disminuirá el riesgo de

²⁸⁴ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 584

pronunciamientos contradictorios entre el juez civil y el penal. En otro orden de consideraciones, cuestiones de satisfacción psicológica de la víctima han de tenerse presentes en esta materia, pues la mayor prontitud en obtener su reparación (aun cuando solo sea la económica), así como el hecho de evitarle el desdoblamiento de gastos y de trámites que supondría el tener que acudir a la vía civil, propiciará la obtención de resarcimiento y, disminuirá, correlativamente, los riesgos de una eventual victimización secundaria.

Lo mismo sucederá como consecuencia del protagonismo procesal que se otorgará al perjudicado que haga valer su pretensión civil en el proceso penal, pues ello le supondrá el reconocimiento de un rol más activo en el desarrollo del mismo, manteniéndose informado de lo que sucede a cada paso y pudiendo intervenir en juicio para hacer constar cuáles fueron, para él, las consecuencias del delito”²⁸⁵.

Históricamente, a su vez, puede citarse que: “En nuestro país, el ejercicio de la pretensión penal y civil provenientes del delito ha experimentado una evolución, pues, en un primer momento, con la vigencia del Código Penal de 1924 y el Código de Procedimientos Penales se estableció que ambas pretensiones (y sus correspondientes acciones) debía ejercitarse en el proceso penal; sin embargo, tomando como referente la normatividad y jurisprudencia españolas, jurisprudencialmente se estableció que el agraviado puede reservarse la vía civil para ejercitar la acción resarcitoria; y en contrapartida, si es que el agraviado se constituía en parte civil en el

²⁸⁵ MARTIN RIOS, Pilar: *Ob. Cit.*, pág. 57

proceso penal, ya no podía ejercitar la acción resarcitoria en la vía civil. De otro lado, con la vigencia del Código Penal de 1991, se estableció la obligatoriedad del ejercicio de la pretensión civil, conjuntamente con la penal, en el propio proceso penal, como puede verse del artículo 99 del Código, en el que se establece como única posibilidad de recurrir a la vía civil, cuando se trate de demandar a terceros no comprendidos en la sentencia dictada en sede penal, para exigirles el resarcimiento; con lo cual normativamente se cambiaba el criterio que se venía siguiendo conforme a las normas anteriores. Sin embargo, en la práctica este criterio nunca se tomó en cuenta, por el contrario, se siguió considerando la posibilidad de que el agraviado pueda recurrir a la vía civil si es que no se hubiese constituido en parte civil. Con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, el criterio establecido por el Código Penal de 1991 ha cambiado sustancialmente, pues, se ha vuelto al criterio establecido por la jurisprudencia, que admitía la posibilidad de que el agraviado pueda recurrir a la vía civil si no estaba satisfecho con lo resuelto en sede penal o si se reservaba la vía civil (no se constituía en parte civil). En efecto, el artículo 12.1 del Código Procesal Penal establece con toda claridad que el perjudicado por el delito podrá ejercer la acción civil en el proceso penal o ante el Órgano Jurisdiccional Civil. Pero una vez que opte por una de ellas, no podrá deducirla en otra vía jurisdiccional. Este criterio ha sido precisado con toda claridad en el acuerdo Plenario N°5-2011-CJ-116, del 06 de diciembre del 2011. No obstante, aun cuando el agraviado se hubiese constituido en parte o actor civil en el proceso penal, no se descarta la posibilidad de recurrir

a la vía civil en función al principio de la reparación integral del daño”²⁸⁶

Pese a ello, existen ciertas críticas respecto a la procedencia de la acumulación de la acción resarcitoria y de la acción penal; se sostiene, efectivamente, que: “En sentido contrario, no puede tampoco negarse que dicho traslado de la acción civil al proceso penal, habida cuenta de la diferente naturaleza de la pretensión objeto del proceso que se predica de cada supuesto, así como de la innegable peculiar motivación que subyace bajo el ejercicio de cada una de tales acciones, supone un cierto artificio no exento de objeciones. Así, se suele achacar a este modelo el que conlleve “una complejidad añadida, cuando no una desnaturalización” del contenido del proceso penal²⁸⁷, lo que redundará, igualmente en un incremento de la complejidad del proceso y, en consecuencia, en su demora”²⁸⁸.

Además se expresa que: “Del mismo modo, esta acumulación comporta, en ocasiones, un desplazamiento de la cuestión civil en el proceso criminal, ante el lugar preeminente en que suele situarse a la pretensión penal. Ello resulta lógico si se tiene en cuenta que ésta supone, frente a la continencia y accesoriedad de la pretensión civil, el objeto natural del proceso criminal planteado. La marginación que puede experimentar los intereses del perjudicado en este proceso puede culminar en una menor satisfacción del mismo y, finalmente,

²⁸⁶ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.309

²⁸⁷ SOLÉ RIERA, J.: “LA TUTELA DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL”, *Barcelona*, 1997, pág.66; MARTIN RIOS, Pilar: *Ob. Cit.*, pág. 58

²⁸⁸ MARTIN RIOS, Pilar: *Ob. Cit.*, pág. 58

en la decisión de no plantear en esta sede sus pretensiones restitutorias o resarcitorias”²⁸⁹.

Se considera al respecto el que si bien podría afirmarse que al proceder la acumulación de las pretensiones tanto civil como penal surge un incremento de la complejidad del proceso, y en consecuencia existiría mayor demora procesal, en la práctica ello no ocurre, pues simplemente no hay mayor complejidad procesal por cuanto la determinación de la reparación civil se hace de modo sumamente deficiente, tal como se detallará²⁹⁰. Efectivamente, se corrobora el que “(...) surge un desplazamiento de la cuestión civil en el proceso criminal, ante el lugar preeminente en que suele situarse a la pretensión penal (...)”, y esto pues existen muchas debilidades en la motivación de la reparación civil dentro del proceso penal sobretodo en la práctica chiclayana, pues se ha llegado a advertir²⁹¹: 1.- Cuando las partes convinieron el monto de la reparación por conclusión anticipada, el juzgador se limita a aprobar dicho acuerdo sin ningún criterio adicional; 2.- no existe mayor sustento (fáctico, jurídico) en el contenido de las premisas que sustentan la reparación civil; 3.- se menciona los tipos de daños a resarcirse pero ligeramente, por lo que estos no quedan establecidos específicamente; 4.- incluso de cuestiones teóricas los jueces pasan a fijar el monto de la reparación civil sin referirse al caso específico; 5.- se advierte el que los considerandos relativos a la reparación se limitan a ser formatos

²⁸⁹ MARTIN RIOS, Pilar: *Ob. Cit.*, pág. 58

²⁹⁰ Revítese el acápite “DE LA SITUACION DE LA REPARACION CIVIL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE (ESTUDIO COMPARATIVO AÑOS 2013, 2014, 2015)”

²⁹¹ Revítese el acápite “DE LA SITUACION DE LA REPARACION CIVIL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE (ESTUDIO COMPARATIVO AÑOS 2013, 2014, 2015)”

repetitivos que contienen tan solo formulas globales, y que no aterrizan en el caso concreto. Conjunto de deficiencias, que desembocan en irrisorios montos a cancelarse, y que confirmar lo señalado en tanto el “desplazamiento de la cuestión civil en el proceso criminal”. Sin embargo, la solución a esta grave problemática, no va en tanto que se prohíba tal acumulación, sino, por el contrario, que se mejore las deficiencias que muestra el sistema, pues más perjudicial aún sería el que la víctima necesariamente tenga que iniciar un proceso civil independiente, con la adicional demora para quien ya tuvo que afrontar un proceso penal, y con la consecuente mayor carga procesal para el Estado mismo, Estado que debe priorizar a su vez, atender aquellos procesos judiciales que sí requieren una tutela necesariamente independiente y a la vez pronta. Por ello, siendo que es sumamente necesario en la determinación de la reparación civil el que se emplee una correcta motivación, es que a continuación se procede a estudiar con detenimiento el deber de motivar, concreción del principio fundamental del Estado de Derecho.

CAPÍTULO III

SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Al respecto definiremos algunos elementos teóricos aplicables a la fundamentación de nuestra posición.

1. EL DEBIDO PROCESO

A fin de lograr se apliquen las garantías procesales contenidas en la Constitución Política del Perú se evoca su "(...) innecesariedad de concreción legislativa para que desplieguen sus efectos normativos, así como determina la inaplicación de aquellas normas procesales, con independencia de su rango, que se encuentren en contradicción con la Carta Fundamental"²⁹²

En efecto, como lo explica Bustamante Alarcón, el debido proceso, según lo ha establecido la doctrina en forma consolidada, es "un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda

²⁹²BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. "EL DERECHO FUNDAMENTAL AL PROCESO DEBIDO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL", Aranzadi. España, 1992, pág. 81.

hacer uso abusivo de éstos²⁹³. Asimismo, “con similar criterio, Luis Marcelo

De Bernardis define al debido proceso como “el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la justicia en el caso concreto”²⁹⁴.

También debe mencionarse lo expresado por el Tribunal Constitucional, para quien, el derecho al debido proceso contenido en el artículo 139.3º de la Constitución Política del Perú, tiene aplicabilidad no tan sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso *inter privatos*.

Además, afirma el mismo ente, el debido proceso supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos procedimientos administrativos y conflictos *inter privatos*, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos²⁹⁵, derecho que, en el presente caso, se vería lesionado en el caso de carecerse de una adecuada motivación de la reparación civil en las sentencias condenatorias por el delito de

²⁹³ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, “EL DERECHO A PROBAR COMO ELEMENTO ESENCIAL DE UN PROCESO JUSTO”, cit. por Javier Dolorier Torres en “DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA”, Año 9, número 54, marzo 2003, Gaceta Jurídica, Lima, pág.133, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>, búsqueda del 10.01.17, 10.32 a.m.

²⁹⁴ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>, búsqueda del 10.01.17, 10.33 a.m.

²⁹⁵ EXP. N.º 03891-2011-PA/TC, considerando doce.

violación de la libertad sexual. Efectivamente, en ese sentido, mediante STC N.º 2050-2002-AA, el Tribunal Constitucional "ha señalado que el derecho al debido proceso es un derecho cuyas potestades que se encuentran en su esfera de protección no sólo se titularizan en el seno de un proceso judicial, sino que se extienden, en general, a cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, los que tienen la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Señala también que, cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas"²⁹⁶

Finalmente en este punto, concluimos sobre una definición teórica y señalamos que es necesario señalar el que el debido proceso comparte una doble naturaleza, pues ha de ser entendido tanto como un principio constitucional que orienta la función jurisdiccional, como también ha de vislumbrarse como un derecho fundamental.

Complementariamente señalamos algunos elementos que lo desarrollan tanto como un principio como también un derecho fundamental.

²⁹⁶ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03574-2007-AA.html>; *búsqueda del 10.01.17, 9.56 a.m.*

a. El principio constitucional del debido proceso

El debido proceso constituye, como afirma Mendoza Escalante, una concreción del principio fundamental del Estado de Derecho. Lo que ocasiona una vinculatoriedad al sistema jurídico tanto de la sociedad en general como de las autoridades respectivas, lo que implica finalmente el que el sistema constitucional peruano se reafirme en su decisión política fundamental que favorezca un ejercicio vinculado a la Constitución y a la totalidad restante del sistema jurídico²⁹⁷.

b. El derecho fundamental al debido proceso

En primer término, los derechos fundamentales han de entenderse como: "(...) aquellos elementos esenciales del ordenamiento jurídico político que, derivándose de los valores superiores que nacen de la dignidad del ser humano, lo fundamentan, lo orientan o determinan, apareciendo como derechos superiores del ser humano y de los demás sujetos de derecho –conforme al tipo de derecho de que se trate–, y como elementos objetivos que tutelan, regulan y garantizan las diversas esferas y relaciones de la vida social, con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía"²⁹⁸.

²⁹⁷ MENDOZA ESCALANTE, Mijail: "LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO", Gráfica Bellido, Lima, 2000, pág.183

²⁹⁸ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo: "DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCESO JUSTO", Ara Editores, Lima, 2001, págs. 171-172

Así, se debe señalar el que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona -peruana o extranjera, natural o jurídica- y no solo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: Es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia²⁹⁹.

Asimismo, este derecho fundamental del debido proceso encuentra su esencia en lo contenido en la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 1º, en el que se establece el que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” “(...) De lo cual se desprende que es la dignidad de la persona el valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, y como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales” (STC del 11 de noviembre del 2003, expediente 0008-2003- AI/ TC. Por ello, aun cuando los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitación y restricción, en ningún caso se puede desconocer la calidad del individuo, y por ende su dignidad, pues esta “constituye un *mínimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, promover y defender” (STC del 03 de enero del 2003, expediente 0010-2002- AI/TC)

²⁹⁹BUSTAMANTE, Reynaldo: “Derechos fundamentales y proceso justo”. Lima: s.e., 2001, citado en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/3287-12416-1-PB.pdf>, búsqueda del 24.01.17, 5.43 p.m.

Luego, entrelazando lo precisado con lo contenido en el artículo 44 de la Constitución, se ha de observar el que "garantizar la plena vigencia de los derechos" es uno de los deberes primordiales del Estado, por lo cual teniéndose por base a la dignidad humana, en cuanto "fin supremo", deben merecer especial preocupación y prioritaria atención por parte de los poderes públicos el cumplimiento de tales postulados. Conjunto de criterios que dan sustento al referido derecho fundamental al debido proceso, el que a su vez, se desglosa en otros sub derechos donde destacan: El derecho a la presunción de inocencia, derecho de información, derecho de defensa, derecho a un proceso público, derecho a la libertad probatoria, derecho a declarar libremente, derecho a la cosa juzgada, y, a efectos de la presente tesis, el **derecho a la debida motivación**.

2. DE LA MOTIVACION EN GENERAL

En primer lugar, debe "(...) tenerse en cuenta lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al decir que la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión"³⁰⁰.

En esa línea, motivar es "*dar causa o motivo para algo. Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo*"³⁰¹. O como lo reseña Perelman, en base a la cita efectuada por Hugo Lamadrid Ibañez, una decisión debidamente motivada expresa razones, lo que

³⁰⁰ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 107.*

³⁰¹ *Diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición, 2005, p.1047.*

implica obligar al que las toma, a tenerlas. Por lo cual, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, "constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional"³⁰².

Asimismo, es menester acotarse que la Constitución Política del Perú, en su artículo 139 inciso 5, consagra como principio y derecho de la función jurisdiccional: "5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan"³⁰³. Es decir, la motivación de las resoluciones judiciales es un derecho fundamental de todos los justiciables y constituye una de las garantías que forma parte del contenido del debido proceso³⁰⁴, como se señaló anteriormente.

Como lo expresa el Tribunal Constitucional, el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso³⁰⁵.

³⁰² EXP. N.º 03891-2011-PA/TC, considerando 16.

³⁰³ Contenido similar a lo prescrito en el artículo 233 de la anterior Constitución de 1979, donde se estableció que: Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia: (...)4.- La motivación escrita de las resoluciones, en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan.

³⁰⁴ <http://derecho-acotaciones.blogspot.pe/2012/08/obligacion-de-motivar-las-sentencias.html>, búsqueda del 15.01.17, 12.36 p.m

³⁰⁵ Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC, Lima, GIULIANA FLOR DE MARIA LLAMOJA HILARES, sexto considerando.

En efecto, en el EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC, caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilares, el Tribunal Constitucional ha señalado: “Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.º 1480-2006-AA/TC. FJ 2) ha tenido la oportunidad de precisar que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso (...)”³⁰⁶.

En la misma sentencia el máximo intérprete de la Constitución ha señalado: “De modo similar, en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.º 05601-2006-PA/TC. FJ 3) ha tenido la oportunidad de precisar que “El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas.

Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional”. En ese sentido, si bien el dictado de una sentencia condenatoria *per se* no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para su adopción. La

³⁰⁶ Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC, Lima, GIULIANA FLOR DE MARIA LLAMOJA HILARES, sexto considerando.

arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa; que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional”³⁰⁷.

Asimismo, en el EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, caso Juan Carlos Callegari Herazo, el Tribunal Constitucional también precisó: “Lo expuesto se fundamenta además en el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado Democrático de Derecho (artículo 3º y 43º de la Constitución Política), y tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”³⁰⁸.

También, el derecho a la debida motivación constituye un presupuesto fundamental para el adecuado ejercicio a la tutela judicial efectiva. Es así que el Código Procesal Civil peruano en el artículo 122 incisos 3 y 4, hace referencia a determinados requisitos que deben cumplir las resoluciones para que éstas no sean pasibles de nulidad³⁰⁹. El

³⁰⁷ Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC, Lima, GIULIANA FLOR DE MARIA LLAMOJA HILARES, octavo considerando.

³⁰⁸ Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, Lima, JUAN CARLOS CALLEGARI HERAZO, doceavo considerando.

³⁰⁹ <http://derecho-acotaciones.blogspot.pe/2012/08/obligacion-de-motivar-las-sentencias.html>, búsqueda del 15.01.17, 12.36 p.m

artículo 122 del Código Procesal Civil establece: “Las resoluciones contienen: (...) 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado; 4. La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el Juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente; (...)”

Por otro lado se tiene que “La motivación de las resoluciones es una garantía exigible en la administración de justicia, para los ciudadanos inmersos en procesos judiciales o administrativos, en el marco de una sociedad democrática.

El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”³¹⁰.

En efecto, “La motivación de la sentencia es una garantía de defensa de las partes frente al posible arbitrio judicial, y al mismo tiempo, una consecuencia lógica de un sistema político basado en la publicidad de los actos de gobierno y la responsabilidad de los

³¹⁰<http://derecho-acotaciones.blogspot.pe/2012/08/obligacion-de-motivar-las-sentencias.html>, búsqueda del 15.01.17, 12.53 p.m.

funcionarios públicos que los cumplen. Esto exige que se puedan conocer las razones de las decisiones que se toman.

Cumplir este requisito es rendir culto al principio de razonabilidad constitucional, postulado opuesto a la arbitrariedad, pues lo arbitrario es lo no razonable. La expresión de las decisiones judiciales debe ser hecha con claridad, las razones expuestas deben ser comprensibles. La presentación confusa e ininteligible de las razones que motivaron una decisión, puede constituir arbitrariedad. Se exige una explicación racional de las cuestiones de hecho y de derecho que componen la decisión. Esto es, las razones por las que se arribó a tales conclusiones en virtud de las pruebas consideradas según la sana crítica racional; y el porqué de las consecuencias jurídicas atribuidas a los hechos acreditados³¹¹.

Finalmente, tal como lo señala el maestro colombiano Peña Quiñonez, para saber argumentar "(...) *necesariamente se debe conocer y practicar a cabalidad la esencia, naturaleza y por menores tanto de la dialéctica como de la retórica*³¹²(...)"³¹³. Asimismo, el

³¹¹ <http://derecho-acotaciones.blogspot.pe/2012/08/obligacion-de-motivar-las-sentencias.html>, búsqueda del 15.01.17, 12.54 p.m.

³¹² Para Aristóteles, hablando en términos generales, la retórica es el arte de argumentar en público con vistas a persuadir a una asamblea o tribunal por medio de la palabra oralmente expresada. Así, "la nueva retórica", como ha venido a llamarse comúnmente al aporte ahora clásico, de estos doctrinantes de la argumentación- Viehweg y Perelman-, es una reedición moderna del viejo plantemiento aristotélico sobre la naturaleza de aquellos argumentos encaminados a ganar la voluntad del auditorio por medio de la persuasión cuando está fuera de lugar la opción de costreñirlo mediante demostraciones. Author, Nelson Barros Cantillo. *Las nuevas herramientas de la argumentación jurídica*. Edition, 2. Publisher, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, Pág. 35-36. Mientras que por su parte, se entiende por dialéctica al método de razonamiento que enfrenta posturas diferentes con la misión de confrontarlas y a partir de ellas obtener verdad, <http://www.definicionabc.com/comunicacion/dialectica.php#ixzz2gBH9TY8e>

método a emplearse a fin de razonar en términos jurídicos, es aquel que fundamenta el derecho por el hecho (silogismo), pero como dicho método resulta insuficiente para justificar una decisión judicial en los casos difíciles, como lo es en el presente caso respecto a la reparación civil en los delitos de violación de la libertad sexual, han surgido nuevas teorías sobre la argumentación jurídica, donde algunas de estas, como la de Viehweg y Perelman, se inspiran en el pensamiento tópico y retórico de la antigüedad³¹⁴.

Lo que concuerda en base lo dicho por Victoria Iturrqalde, por cuanto es necesario dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación judicial: Justificar una elección entre varias alternativas jurídicamente posibles, como en el presente caso, a fin de evitar que la discrecionalidad judicial desemboque en arbitrariedad³¹⁵.

3. ALCANCES SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DEBER DE MOTIVAR

Ahora, si bien se ha precisado el que una indebida motivación de las resoluciones judiciales acarrearía la nulidad de la referida resolución, el Tribunal Constitucional ha precisado el que no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido

³¹³ PEÑA QUIÑONES, Ernesto; "TÓPICA COMUNICACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA"; Grupo Editorial Ibáñez Ltda, Bogotá, 2010, pág. 23

³¹⁴ LAMADRID IBAÑEZ, Hugo; "RAZONAMIENTO JUDICIAL -MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES Y CONTROL DE LOGICIDAD, MATERIALES PARA EL ANÁLISIS", MARSOL, Lima, 2009, pág. 12.

³¹⁵ ITURRALDE, Victoria; "SOBRE EL SILOGISMO JUDICIAL", Anuario de Filosofía del Derecho, VII, 1991, pág. 241.

constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales³¹⁶.

En cuyo contexto, en la conocida sentencia Giuliana Flor de María Llamuja Hilares, EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado: "Así, en el Exp. N.º 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Exp. N.º 1744-2005-PA/TC), el Tribunal Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación queda delimitado en supuestos como:

a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) Falta de motivación interna del razonamiento. La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo

³¹⁶ Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC, Lima, GIULIANA FLOR DE MARIA LLAMOJA HILARES, sétimo considerando.

coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez. Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para

respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

d) La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto,

desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) Motivaciones cualificadas.- Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal. La sentencia

arbitraria por indebida motivación y el principio de la interdicción de la arbitrariedad”³¹⁷

Por su parte, en el caso José Arecio Calle Llontop, EXP. N.º 00268-2012-PHC/TC, el Tribunal Constitucional también señala el que: “Respecto a la alegada vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional ha manifestado que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas, conforme al artículo 139º, inciso 5, de la Constitución Política del Perú, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de impartir justicia se realice con sujeción a la Constitución y a la ley. En la STC N.º 1230-2002-HC/TC, se señaló que “La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa (...) Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal

³¹⁷ Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC, Lima, GIULIANA FLOR DE MARIA LLAMOJA HILARES, sétimo considerando.

corresponde resolver". En consecuencia, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional sustente de manera lógica y adecuada los fallos que emita en el marco de un proceso. Ello no supone en absoluto una determinada extensión de la motivación, sino fundamentalmente que exista: a) fundamentación jurídica, lo que supone que se exprese no solo la norma aplicable al caso, sino que también se explique y justifique por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado en los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea sucinta o se establezca el supuesto de motivación por remisión [Cfr. Expediente N.º 4348-2005-PA/TC]³¹⁸.

4. DE LOS FINES DEL DEBER DE MOTIVAR

En la actualidad se tiene el que: "El deber de los jueces de motivar sus decisiones es un elemento fundamental del Derecho de los Estados constitucionales.

En los ordenamientos jurídicos de tipo romano-germánico supone, por lo demás, una práctica relativamente reciente, que contrasta con la de los sistemas de *common law*, en donde las decisiones judiciales han sido siempre motivadas; la explicación es que sin una adecuada

³¹⁸ *Exp. N.º 00268-2012-PHC/TC, Lima, JOSÉ ARECIO CALLE LLONTOP, considerando tercero*

explicitación de las *rationes decidendi* de las sentencias, un sistema basado en el precedente no podría funcionar”³¹⁹.

Sin embargo, si bien en el Perú el Poder Judicial cuenta principalmente con una función de aplicación e interpretación de las normas, también deviene en necesario un mínimo carácter de motivación que:

a. Carácter endoprocésal, permita a las partes que intervienen en un proceso, conocer el sentido de una decisión, a fin de en un posible desacuerdo con la misma, pueda dicha decisión ser impugnarla ante instancias superiores³²⁰.

b. Carácter extraprocésal o político, implica considerar a la motivación como un instrumento que permite un control democrático de los poderes del juez³²¹, teniendo esto bastante relevancia para el presente caso, por cuanto precisamente se requiere de la motivación como un instrumento para poder asegurarse estarse ante la fijación de una reparación civil de monto adecuado.

Asimismo, doctrinariamente, en base a lo planteado por el Tribunal Constitucional Español, serían fines de la motivación:

³¹⁹ <http://derecho-acotaciones.blogspot.pe/2012/08/obligacion-de-motivar-las-sentencias.html>, búsqueda del 15.01.17., 12.23 p.m.

³²⁰TARUFFO, M., citado por Atienza en "EL SENTIDO DEL DERECHO", Madrid, 2001, pág. 256.

³²¹TARUFFO, M., citado por Atienza en "EL SENTIDO DEL DERECHO", Madrid, 2001, pág. 256.

- a. "Que el juzgador ponga de manifiesto las razones de su decisión en virtud del derecho del justiciable y del interés legítimo de la comunidad en conocerlos.
- b. Que se compruebe que la decisión judicial adoptada responde a una correcta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad, es decir, es consecuencia de una exegesis racional del ordenamiento.
- c. Que las partes o la comunidad tengan la información necesaria para recurrir en su caso la decisión.
- d. Que los tribunales competentes tengan la información necesaria para vigilar la correcta interpretación y aplicación del derecho"³²²

5. SOBRE LA MOTIVACION DE LA REPARACION CIVIL EN EL PROCESO PENAL

Respecto a la problemática en análisis, se tiene que el magíster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla España, Eduardo León Alva³²³, realizó un estudio previo sobre el contenido del deber de la motivación de las resoluciones judiciales que fijan un monto de reparación civil, que, a su juicio comprende, entre otras cosas, la

³²² DE ASISROIG, Rafael; "JUECES Y NORMAS: LA DECISIÓN JUDICIAL DESDE EL ORDENAMIENTO", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A, 1995, p.10.

³²³ LEÓN ALVA, Eduardo: "EL DEBER DE MOTIVAR LA REPARACIÓN CIVIL EN SEDE PENAL", Gaceta Penal y Procesal Penal, tomo 52, octubre 2013, pág. 183

exigencia de que se disgregue específicamente a cuánto asciende la cuantificación por daño emergente, lucro cesante, daño moral o pérdida del chance, pues solo de ese modo se garantiza el derecho de las partes a conocer el monto que corresponde a cada uno de tales rubros, para aceptarlos o rechazarlos y verter impugnaciones recursivas.

En dicho estudio se pudo advertir dentro de la práctica jurisprudencial peruana una serie de pronunciamientos que fijaron cifras indemnizatorias en razón de la labor mediática del caso sometido a competencia de los órganos jurisdiccionales.

Por ejemplo, se pudo apreciar que por la muerte de las víctimas del caso denominado discoteca Utopía o del homicidio de la empresaria Myriam Fefer Salleres, los tribunales determinaron una indemnización por daño moral de doscientos mil nuevos soles por cada uno de los fallecidos y novecientos mil nuevos soles respectivamente. Es evidente que en estos casos existía una condena social establecida a través de los medios de prensa, mientras que por la muerte de un padre de familia que dejó hijos menores de edad, la Corte Suprema fijó una indemnización de quince mil nuevos soles.

El origen del problema surge desde el momento en que los tribunales omiten motivar el extremo de la reparación civil pese a ser una exigencia constitucional conforme a lo establecido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, por lo que el autor concluye que es obligación constitucional del juez motivar sus

resoluciones y, por ende, explicar las razones y criterios que le han permitido fijar el monto de la reparación civil.

Asimismo, en la legislación peruana, con la expedición de las Leyes N° 27770 y N° 30076, se ha limitado los beneficios de semilibertad y liberación condicional a que el sentenciado pague el íntegro de la reparación civil, lo que lleva a la necesidad de que los órganos jurisdiccionales motiven, adecuadamente, el monto de esta.

También debe mencionarse la gran dificultad que se presenta al motivar el daño moral. En ese sentido, se tiene el que, en el caso de la motivación de la reparación civil ex delicto, el principal inconveniente se presenta respecto a la aparición de este tipo de daño, el que es el tipo de daño resarcible más saltante en la comisión de los delitos contra la libertad sexual; tipo de daño en el que al efectuarse la respectiva valuación no se puede negar el que su "determinación resulta muchas veces subjetiva".

Así, en efecto, se ha señalado "En el caso de la pretensión resarcitoria ejercitada en el proceso penal (...), se debe justificar la clase de daño sobre el cual recae la indemnización o sobre el fundamento por el cual se impone una determinada suma y no otro monto, cómo se ha determinado el tipo de daño y su magnitud u quatum indemnizatorio; así como también por qué se amparan determinados componentes resarcitorios y no otros y la forma como se ha acreditado su existencia. La doctrina plantea que la motivación de las sentencias sobre daños debe cumplir con justificar y desarrollar tres aspectos: i)

La identificación del daño; ii) la prueba de los daños; iii) la cuantificación de los daños”³²⁴.

Sin embargo, también es necesaria una correcta motivación e identificación respecto de los agraviados, pues, por ejemplo se hubo señalado, si bien en una resolución emitida en base al Código de Procedimientos Penales, y no al actual Código Procesal Penal, el que “Se ha procesado, acusado y condenado considerando como agraviados no solo a personas determinadas sino también a “[...] otros pasajeros”, a favor de quienes incluso se ha fijado una reparación civil; que sin embargo, esa falta de precisión no es de recibo cuando se promueve la acción penal y se dictan las sucesivas resoluciones de imputación y la sentencia, que requieren concretar e identificar de ser posible a los agraviados, posibilidad que en el presente caso era razonable exigir; que, en tal virtud, ese extremo de la sentencia y las demás resoluciones precedentes debe anularse el amparo del inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales”³²⁵.

A nivel internacional, cita Pilar Martín Ríos, “La necesidad de motivar las resoluciones judiciales, art. 120 CE, puesta de relieve por el Tribunal Constitucional respecto de la responsabilidad civil ex delicto (SSRC 78/1986 de 13.6 y 11.2.97) y por esta Sala (SS.22.7.92,

³²⁴ CASTILLO ALVA, José Luis: “LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO – ECONÓMICAS DEL DELITO”, Idemsa, Lima, 2001 (con cita de CAVANILLAS MUGICA, Santiago “LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS EN MATERIA DE DAÑOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL”, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, p.21), citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.349

³²⁵ R.N. N°1200-2005, 30-05-05, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 594

19.12.93, 28.4.95, 12.5.2000) impone a los Jueces y Tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencias precisando, cuando ello sea posible, las bases en que se fundamenten (...), y no lo es, o alcanza dificultades a veces insuperables, explicar la indemnización por daño moral, difícilmente sujeta a normas preestablecidas. En la STS 24.3.97 recuerda que no cabe olvidar que cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones”³²⁶.

Asimismo, es necesario señalar el que “En el nuevo orden jurídico se ha producido una especie de jurisdiccionalización del Derecho, determinado fundamentalmente por el reconocimiento de un amplio margen de discrecionalidad a los órganos jurisdiccionales (los que pueden dejar de aplicar una ley, limitar su contenido o de racionalizarlo conforme a las necesidades a las necesidades de vigencia de los derechos fundamentales, de los valores o principios supremos a través de la ponderación, la proporcionalidad y la razonabilidad); ello ha traído como consecuencia natural, la posibilidad de afectación de valores, también supremos, como la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, puesto que ante el gran

³²⁶ MARTIN RIOS, Pilar: *Ob. Cit.*, pág. 275

número de jueces y demás operadores, la posibilidad de que el contenido de las decisiones fuesen dispares es elevada.

Ante ello se impuso la necesidad de plasmar como derecho fundamental la motivación o fundamentación de las resoluciones judiciales y de otras decisiones similares que pudiesen involucrar derechos de las personas”³²⁷. Y es, en efecto, “(...) El legislador ha estimado –como decisión de política jurídica- que el magistrado debe tener un margen mayor de análisis y que ello debe concretarse en la procedencia del daño moral.

A lo que se apela es a la discrecionalidad judicial, que se diferencia de la arbitrariedad porque aquella es fundada, característica que por otra parte deben tener todas las decisiones judiciales, a los efectos de poder rechazar la petición”³²⁸

En sentido, regresando respecto de la dificultad de la motivación de los daños morales, ha de recordarse el caso seguido contra Alberto Fujimori Fujimori, casos “Barrios Altos” y la “Cantuta”, en el que se expresó que: “La valorización y liquidación de los daños materiales han quedado determinadas objetivamente. Sin embargo, en el caso de los daños extrapatrimoniales o morales, por su propia naturaleza eminentemente subjetiva, resulta difícil el resarcimiento, precisamente porque objetivamente no se cuenta con un patrón de determinación de los mismos; y aun cuando pudieran determinarse, no existe un bien o valor capaz de repararlos. No obstante, resultaría

³²⁷ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.346

³²⁸ GHERSI, Carlos Alberto: “CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLOGICO”, *ob. Cit.*, pág., 100

inicial por decir lo menos, que estos daños quedaran sin resarcimiento, a pesar de que racionalmente se puede inferir que se han producido, aun cuando no pudiera establecerse con precisión su magnitud. Siendo así, resulta justo amparar su reparación”³²⁹.

En esa misma línea, se tiene que la Corte Suprema en el R.N.º 1940-2004 del 10 de agosto del 2004 ha fundamentado la existencia de un daño moral como consecuencia de la comisión del delito de abuso sexual en los siguiente términos: “(...) en el caso de autos, el delito materia de juzgamiento es contra la libertad, en su modalidad de violación de la libertad sexual en agravio de la menor de iniciales S.M.H.H., ilícito previsto y sancionado por el artículo ciento setentitres inciso tercero del Código Penal, desprendiéndose por su propia naturaleza que la única forma de reparación civil admitida en dicho delito es la indemnización por los eventuales daños a la indicada víctima.

Que en tal sentido, si bien es cierto no existen parámetros objetivos para cuantificar los perjuicios morales –los únicos ocasionados a la agraviada, conclusión a la que se arriba de la revisión de las pruebas y diligencias actuadas; sin embargo, la existencia del daño sí puede ser apreciado de modo objetivo, traduciéndose en los sufrimientos, la aflicción, el resentimiento, y el ansia que padece la menor como consecuencia de las relaciones sexuales a las que fue sometida por el sentenciado Leonardo Rafael Castillo, según la lectura del Protocolo de Pericia Psicológica debidamente ratificado en audiencia, y de las

³²⁹ *ESPINOZA ESPINOZA, Juan: "DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL", Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pág.22, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.351*

propias respuestas de la menor agraviada en sus referenciales brindadas tanto en la etapa preliminar como en la judicial, denotándose en ellas un resentimiento por la situación que debió afrontar; situación que a criterio de este Supremo Tribunal justifican la elección del monto fijado por concepto de reparación civil, en aplicación de lo preceptuado por el artículo mil novecientos ochenticuatro del Código Civil, de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto por el artículo ciento uno del Código Penal”³³⁰

Así, también, respecto a la determinación del monto de la reparación, es menester referirse a un caso específico, tal como lo es en lo pertinente al Caso "Clímaco Basombrío", donde se hubo señalado: "Vigésimo: [...] En el caso de autos, si bien no existe un bien o un elemento capaz de resarcir el daño moral, ocasionado con los hechos a los familiares o herederos de la víctima, sin embargo, a título de compensación se les debe hacer entrega de una suma de dinero, el cual como fuente general del valor patrimonial operaría como una forma de "consuelo" por el sufrimiento o pesar que el daño moral significa en sí. Siendo el caso que, para la determinación del monto del dinero constitutivo del resarcimiento, el Colegiado no tiene otro criterio que recurrir a la equidad, dado el carácter subjetivo de este tipo de daños y su dificultad de probanza y medición dentro del proceso. Es así que, resulta equitativo amparar el resarcimiento del daño moral o subjetivo ocasionado a los familiares más cercanos de la agraviada Alexandra Brenes Hague, dada la conmoción y sufrimiento que significó para toda la familia la perpetración de los hechos, sobre todo, si se tiene en cuenta la forma y circunstancias horrendas que

³³⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.349

rodearon a la realización de los mismos. Además, en la cuantificación del resarcimiento, también deben tomarse en cuenta los gastos de sepelio de la referida agraviada, los mismos que fueron asumidos íntegramente por los familiares titulares del derecho al resarcimiento en el presente caso. Vigésimo Segundo: En el caso de los daños ocasionados a la agraviada Ida Augusta Merino, más allá de los daños morales que significa para la agraviada el deterioro de su salud física y mental, deben tenerse en cuenta los gastos de su tratamiento, desde el momento de los hechos hasta su parcial recuperación al momento de esta sentencia. Pero además, se debe considerar la entidad y magnitud de los daños que en el futuro, a lo largo de toda su vida, sobrellevará esta agraviada, en los mismos que deben apreciarse los gastos de su tratamiento perenne y las retribuciones necesarias para la persona que deberá encargarse de su cuidado y de movilizarla, dado el estado de dependencia en el cual ha quedado, como secuela de los hechos materia de autos. En este sentido el monto del resarcimiento debe ser mayor que el correspondiente a los familiares de la agraviada Brenes Hague, al tomarse en cuenta equitativamente los daños morales, pero sobre todo los daños materiales o patrimoniales que con simples operaciones aritméticas se pueden cuantificar. Vigésimo tercero: En el caso de las lesiones ocasionadas a los agraviados Sebastián Brenes y Carlos Lescano, aun cuando no se ha determinado en el proceso, la magnitud de los daños, al haberse comprobado su existencia, corresponde ampararlos prudencialmente por parte del colegiado; debiendo tenerse en cuenta que se trata de lesiones simples y en el caso de Carlos Lescano de lesiones levísimas [...] FALLA: [...] FIJARON: En setenta mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá abonar el

sentenciado a favor de los herederos legales de Alexandra Brenes Hague; en la suma de cien mil nuevos soles el monto que deberá abonar el condenado a favor de Ida Augusta Merino Alburqueque; en tres mil nuevos soles la suma que por el mismo concepto deberá abonar a favor de Sebastián Brenes Hague; y, quinientos nuevos soles la suma que por reparación civil abonará el sentenciado a favor de Carlos Antonio Lescano Méndez"³³¹.

De la sentencia en comentario puede apreciarse el que si bien se ha recurrido al criterio de equidad de modo general a efectos de fijar los montos de reparación civil señalados, y que se han tenido en cuenta determinados criterios (forma y circunstancias horrendas de la realización de los hechos, gastos de sepelio, gastos de tratamiento, entidad y magnitud de los daños que en el futuro, gastos de tratamiento perenne, el que se haya ocasionado lesiones simples, o lesiones levísimas), sin más precisiones se llegó a señalar distintos montos a indemnizarse (setenta mil nuevos soles; cien mil nuevos soles, en tres mil nuevos soles, quinientos nuevos soles), además de no haberse precisado con claridad cuáles son los daños indemnizables en cada caso en concreto, esto es, cuánto se le asigna a cada uno de los agraviados por lucro cesante, daño emergente, daño moral, pues por ejemplo, respecto a las lesiones ocasionadas a los agraviados Sebastián Brenes y Carlos Lescano, se señaló el que "(...) aun cuando no se ha determinado en el proceso, la magnitud de los daños, al haberse comprobado su existencia, corresponde ampararlos prudencialmente por parte del colegiado; debiendo tenerse en cuenta

³³¹ *Exp. N.º 410-2002-Lima, 12-02-03. Segunda Sala Penal para Reos en Cárcel de Lima. Citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 608*

que se trata de lesiones simples y en el caso de Carlos Lescano de lesiones levísimas (...)", y sin mayor precisión alguna se procedió a fijar los montos de tres mil nuevos soles, quinientos nuevos soles por concepto de reparación, sin esbozar motivos más concretos respecto a por qué se fijó determinado monto. También, respecto a lo acontecido con la agraviada Brenes Hague, se ha señalado, "al tomarse en cuenta equitativamente los daños morales, pero sobre todo los daños materiales o patrimoniales que con simples operaciones aritméticas se pueden cuantificar", pese a lo que sin mayor argumentación adicional alguna, finalmente se fija el monto de reparación señalado, a pesar de que como se señaló "con simples operaciones aritméticas se pueden cuantificar", pues entonces, si el grado de simplicidad es tal, hubiera sido meritorio se detallen pormenorizadamente dichas operaciones.

Sin embargo, es una sentencia de mayor nivel respecto de las que comúnmente se emiten, pues pese a las deficiencias expresadas anteriormente, por lo menos se señalan criterios que sustentan los montos fijados, si bien grosso modo. Pero por anecdótico que parezca, al haber sido la sentencia objeto de Recurso de Nulidad, la Suprema Sala varió los criterios contenidos y modificó la sentencia de la siguiente manera³³²: "Que, a efectos de fijarse la reparación civil, es necesario tener en cuenta lo establecido por el artículo 93 del Código Penal; que implica la valoración del daño económico y moral — daño emergente y lucro cesante— causado al agraviado o en su defecto a los familiares de la víctima según sea el caso; en este sentido si bien en autos ha quedado plenamente establecida la

³³² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 610

gravedad de la afectación ocasionada al bien jurídico protegido, que en el caso de autos es la vida; en este sentido el monto de la reparación civil fijada por la Sala Superior no se condice con la realidad, por lo que debe ser incrementada; en consecuencia [...] Declararon HABER NULIDAD en la propia sentencia en el extremo que fija [...] y Reformándola fijaron en 300,000 mil [...] a favor de los herederos de la agraviada Alexandra Brenes Hague; y en la suma de 400,000 mil nuevos soles [...] a favor de Augusta Merino Alburqueque [...]”³³³. Así, se ha señalado “Como se aprecia, la Corte Suprema no da ninguna razón por la que establece el monto indicado, limitándose a describir el contenido del artículo 93 del Código Penal pero sin referirse en forma específica al caso de autos y menos aún a fundamentar su decisión. En realidad esta sentencia, si existiera la posibilidad de una revisión tendría que ser declarada nula por ausencia de motivación. Inclusive, al hacer la descripción del artículo 93, confunde categorías, refiriéndose a daño económico y moral, a los que al parecer, los identifica con "daño emergente y lucro cesante"”³³⁴.

³³³ R.N. N.º 1249-2003-Lima, 10-07-03, caso "Clímaco Basombrío". Citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 610

³³⁴ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 610

CAPÍTULO IV.

DEL DELITO DE VIOLACION A LA LIBERTAD SEXUAL Y DE LA OBLIGACION DE NO DAÑAR

Como lo expresa Carlos Alberto Gherzi, los individuos que integran una sociedad asumen la necesidad de convivir en forma pacífica y para ello delegan en el poder estatal el monopolio de la fuerza, no sin antes (al menos teóricamente) entronizar ciertos valores que justifiquen esa pérdida de libertad.

Esto coloca a los seres humanos como portadores de derechos y obligaciones, y al ser sometidos a esa convivencia asumen como posible cierto grado de incertidumbre³³⁵, propio de toda situación en la que haya que compartir, competir y colaborar, es decir, interaccionar³³⁶. Por lo que surge la obligación de no dañar a dichos otros individuos.

Sin embargo, la incertidumbre antes mencionada "(...) debe ser apenas un margen pequeño, pues de lo contrario-implicaría teóricamente someterse a una situación de caos. Por otra parte, ese margen depende de cómo el Estado asuma su rol y de la eficacia con que cumpla sus funciones (p.ej., si no es suficientemente eficiente en

³³⁵ GHERZI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 58

³³⁶ GHERZI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 58

lo que concierne a la seguridad, la incertidumbre crecerá como consecuencia de la inseguridad)"³³⁷.

Por lo cual, "si el margen de incertidumbre crece, el individuo comienza a concebir el riesgo como una situación de alta probabilidad: Este acrecentamiento del riesgo provoca mayor descontrol individual y social"³³⁸.

Ahora, ese desarrollo desmedido de incertidumbre, al provocar mayor descontrol, a su vez puede ocasionar el que se produzca un daño a la integridad del individuo, donde ha de señalarse el que "Muy profunda y provechosa ha sido la evolución del derecho en lo que atañe a su humanización, lo que no podría ser de otra forma, ya que el hombre es "causa y meta" de la normación jurídica. Pero no basta con enunciarlo; es imprescindible asegurar y preservar su integridad moral y material, protegiendo sus derechos más elementales, sus necesidades básicas, lo que le asegurará el goce de una vida en plenitud"³³⁹

Así pues, "En el orden estrictamente individual, hacia donde nuestra tarea debe encaminarse como primer paso, nuestra premisa de trabajo ha de ser: El ser humano es un hombre íntegro y todo daño debe repararse, porque ello es y atañe a su "esencia""³⁴⁰ Donde "El ser humano es único e irreplicable, y la compulsión que puede sufrir

³³⁷ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 59

³³⁸ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 59

³³⁹ GHERSI, Carlos Alberto: "REPARACIÓN DE DAÑOS", segunda edición, editorial universidad, Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 176

³⁴⁰ GHERSI, Carlos Alberto: "REPARACIÓN DE DAÑOS", ob. Cit., pág. 177

por los distintos avatares de la vida transforman su personalidad y su conducta, y ya difícilmente pueda ser el mismo³⁴¹”

En otras palabras, la obligación de no dañar es el fundamento de la convivencia y se manifiesta en la protección de la integridad del ser humano en toda su plenitud (como esencia del ser) y en la preservación de sus bienes y servicios como signo vital de su existencia. Ello, como hemos podido ver, con una normación concreta en el derecho positivo.³⁴²

1. DEL DELITO DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL

Una de las formas, a su vez, muy recurrente y grave de lesionar al hombre, es mediante los llamados delitos de violación de la libertad sexual.

Al hacer alusión a esta clase de delitos, en primer lugar se debe partir del bien jurídico a protegerse, donde, en palabras de José Luis Castillo Alva, la asunción de la libertad sexual como bien jurídico protegido supone, por un lado, una toma de posición acerca de la dimensión y rol que le corresponde desempeñar a la sexualidad en la vida humana; y por otro lado, se enlaza con la misión del Derecho Penal – como ordenamiento de la libertad- que le corresponde desarrollar en este campo.

³⁴¹ ROGERS, *Terapia, personalidad y relaciones interpersonales*, p.49, citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 53

³⁴² GHERSI, Carlos Alberto: "REPARACIÓN DE DAÑOS", Ob.Cit., pág. 184

En el primer aspecto, se parte de una estimación claramente positiva de la libertad sexual –tanto en su vertiente activa y pasiva- dado que ella integra uno de los contenidos más importantes de la dignidad de la persona humana, del libre desarrollo de la personalidad y de la autorrealización personal, sin la que sería imposible organizar una vida social y personal justa y pacífica.

En el segundo sentido, continua Castillo Alva, la misión del Derecho Penal en la tutela de la libertad sexual debe estar presidida por el principio de intervención mínima en su vertiente de fragmentariedad, cumpliéndose con la exigencia de que el ordenamiento punitivo solo debe prohibir aquellas conductas que por su gravedad e intensidad lesionan o ponen en peligro el bien jurídico, excluyendo cualquier planteamiento que pretendan criminalizar toda conducta que afecte el objeto de protección, independientemente de su gravedad y dañosidad social.

Las conductas de escasa lesividad o que no provocan alarma social y que no cumplen con el requisito de merecimiento y necesidad de pena, deben excluirse del ámbito de las prohibiciones jurídico-penales³⁴³.

Ha de señalarse también el que: “Si bien los delitos contra la libertad sexual se encuentran profundamente relacionados con los delitos contra la libertad personal, no cabe duda –tal como reconoce la mejor doctrina- que tienen una especificidad propia. A criterio de Diez

³⁴³ CASTILLO ALVA, José Luis: “TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES”; primera edición, Gaceta Jurídica, Lima – Perú, octubre 2002, pág. 21

Ripollés ello se da en tres [3] planos diferentes. En primer lugar, se vincula con la esfera vital de la personalidad y en concreto con la autorrealización personal, siendo algo que comparte con los delitos contra la libertad de conciencia y que hace que los hechos punibles que lo afecten no sean subsumibles dentro de los delitos contra la libertad personal sino que porten una especial cualidad de injusto.

En segundo lugar, las peculiares formas comisivas que revisten los delitos en mención, en particular lo que concierne a las diversas modalidades de conductas que pueden ir desde el empleo de la violencia o la grave amenaza al castigo del engaño a la víctima – siempre que ella cuente con más de 14 años y menos de 18 años-, pasando por el abuso de una peculiar situación física o psíquica y el castigo del prevalimiento de una situación de dependencia, autoridad o vigilancia.

En tercer lugar, se destacan reiteradamente los especiales condicionamientos normativos presentes en estos delitos que no se dan, por ejemplo, en las coacciones”³⁴⁴.

En efecto: “La libertad sexual es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales”³⁴⁵

³⁴⁴ CASTILLO ALVA, José Luis: “TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES”, Ob. Cit, pág. 23

³⁴⁵ Cfr. Díez RIPOLLÉS, José Luis: “EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL NUEVO DERECHO PENAL SEXUAL”, en revista de Derecho Penal y Criminología, 2º época; N°6 [2000], p.70; citado por CASTILLO ALVA, José Luis: “TRATADO

Donde, "la libertad constituye en nuestro ordenamiento un bien-fin, primario de la persona humana³⁴⁶.

La especificidad y relativa autonomía de los delitos contra la libertad sexual respecto a los demás delitos contra la libertad personal encuentran su razón de ser en un peculiar enfoque valorativo³⁴⁷ y los condicionamientos culturales³⁴⁸ existentes en la sociedad actual que hacen ver que la privación del libre ejercicio de su sexualidad o el obligar a la víctima a disponer de una de las dimensiones más importantes de su personalidad³⁴⁹ reviste –por lo general- desde el punto de vista normativo-social una mayor gravedad que cualquier simple atentado contra la libertad personal.

En efecto, existe un peculiar disvalor social y jurídico de la violencia sexual respecto a otro tipo de violencia física o moral³⁵⁰ Y es tal la importancia de la protección del bien jurídico libertad sexual, que incluso "Hoy en día todos los delitos contra la libertad sexual, sin excepción alguna, son perseguibles de oficio, de tal manera que el

DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES", Ob. Cit., pág. 21

³⁴⁶ MANTOVANI, Ferrando: "DIRITTO PENALE" [P.E.]; Padova; Cedam; 1998; T.I.; p.317; CASTILLO ALVA, José Luis: "TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES", Ob. Cit., pág. 21

³⁴⁷ Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: "LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL"; p.24; CASTILLO ALVA, José Luis: "TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES", ob. Cit.; pág. 22

³⁴⁸ Así, BOIX REIG, Javier: "EL DELITO DE ESTUPRO FRAUDULENTO", Madrid, 1979, p.87; CASTILLO ALVA, José Luis: "TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES", Ob. Cit., pág. 22

³⁴⁹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "MANUAL DE DERECHO PENAL [P.E.]", p.113; citado por CASTILLO ALVA, José Luis: "TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES", Ob. Cit., pág. 22

³⁵⁰ Cfr. MANTOVANI, Ferrando: "DIRITTO PENALE [P.E.]". I Delitti contro la Liberta e Intangibilita Sessuale; p.4; CASTILLO ALVA, José Luis: "TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES", Ob. Cit., pág. 22

Ministerio Público, aun sin el consentimiento del agraviado, puede denunciar el hecho”³⁵¹

Asimismo, “La libertad sexual no solo pretende garantizar a toda persona que posea la capacidad de autodeterminación su real y concreto ejercicio, sino que busca asegurar que los comportamientos sexuales que se realizan en una sociedad democrática, pluralista y abierta ocurran siempre en condiciones de libertad individual de los partícipes.

La libertad sexual es el poder de autodeterminación en función de la libertad de hacer en el campo de la sexualidad³⁵² (...) No debe confundirse el hecho de que un bien jurídico individual o personal tenga repercusiones sociales con que de dichas consecuencias deba colegirse la naturaleza supraindividual o colectiva del objeto de protección”³⁵³.

En esencia debe destacarse el valor dignidad humana que se ve vulnerado en esta clase de delitos, y que lleva a que estas vulneraciones alteren de modo tan significativo el ordenamiento jurídico peruano, máxime si uno de los instrumentos resarcitorios a emplearse como es la reparación civil no tienen un funcionamiento adecuado en el distrito judicial de Lambayeque, y de modo general en el Perú.

³⁵¹ CASTILLO ALVA, José Luis: “TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES”; ob. Cit. pág. 16

³⁵² MANTOVANI, Ferrando: “DIRITTO PENALE [P.E.]”. I Delitti contro la Liberta e Intangibilita Sessuale; p.4; CASTILLO ALVA, José Luis: Ob. Cit., pág. 22

³⁵³ CASTILLO ALVA, José Luis: “TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES”, ob. Cit., pág. 22

En efecto, "No puede dejar de enfatizarse la estrecha relación existente entre la libertad sexual, como especie del género más amplio: Libertad, y la dignidad de la persona humana de quien es una de sus manifestaciones más excelsas y preciosas"³⁵⁴. Y es que "No cabe dudar que cuando se somete, o se pretende someter, a una persona a tratos inhumanos o degradantes o al empleo de la violencia o amenaza para la obtención de determinadas finalidades [en este caso lograr un acto sexual] se vulnera de forma directa la dignidad del ser humano"³⁵⁵.

En ese sentido, se tiene el que "La libertad sexual, siendo expresión cardinal de la libertad personal, se vincula de manera directa con el principio ético u jurídico del respeto a la dignidad de la persona humana, en la medida en que es imposible comprender a esta sin la posibilidad de garantizar el libre desarrollo personal, la autorrealización del individuo y las estructuras sociales mínimas que fomentan un necesario bienestar psíquico de la persona en el contexto sexual.

Por el respeto a la dignidad de la persona humana se carece de toda facultad jurídica -o no hay derecho-, que justifique de que un individuo pueda oprimir, instrumentalizar o abusar de otro en el ámbito sexual con el fin de satisfacer sus instintos involucrándolo en una situación determinada sin su voluntad, dado que ello supone la

³⁵⁴ CASTILLO ALVA, José Luis: "TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES", ob. Cit., pág. 23

³⁵⁵ CASTILLO ALVA, José Luis: "TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES", ob. Cit., pág. 23

negación de la persona como fin en sí misma y una vulneración de la autorrealización personal como posibilidad de elegir la clase, el tiempo, el cómo y el cuándo del comportamiento sexual. No es posible comprender la libertad personal y dignidad del ser humano sin una vigencia lo suficientemente amplia de la libertad sexual entendida como el poder configurador de uno de los aspectos nucleares de la personalidad en cuanto a la toma de decisiones y del obrar externo sin interferencias de los demás”³⁵⁶.

2. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA SEXUAL

Ahora, en tanto una definición específica del término jurídico “violencia sexual” se tiene:

Miguel Noguera define violencia sexual como “el acto sexual o análogo practicado contra la voluntad de una persona que inclusive puede ser su cónyuge o conviviente, mediante la utilización de violencia física o grave amenaza que venza su resistencia”³⁵⁷. Aquí, respecto a la práctica de un acto sexual u otro análogo, se refiere a la penetración por conducto vaginal, anal o bucal, asimismo la introducción de objetos o de instrumentos en la vagina o ano de la mujer.

Según **Ricardo Núñez**³⁵⁸, la introducción por vía bucal ahora constituye acceso carnal, aunque carece de glándulas de evolución y

³⁵⁶ CASTILLO ALVA, José Luis: “TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES”, ob. Cit., pág. 24

³⁵⁷ NOGUERA, Miguel: “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL”, editorial Jurídica Portecarrero, 1995

³⁵⁸ NUÑEZ, R.: “Manual de Derecho Penal, Parte Especial”, Córdoba, 1988

proyección erógenas, y al tener contacto con el órgano masculino no cumple una función sexual semejante a la de la vagina. Sobre el acto sexual o coito oral, dice **Bramont Arias-Torres**³⁵⁹, resulta problemático, ya que el primero supone daño físico, manifestado en el coito vaginal, produciéndose la desfloración. **Villa Stein**³⁶⁰, señala que el coito bucal equipara el acceso carnal a la penetración bucal o anal.

Flavio García del Río³⁶¹, considera la violación sexual solamente la penetración vía vaginal o vía anal, en tanto el coito bucal, es una forma de masturbación, no constituye violencia carnal, sino un acto libidinoso.

Pedro Bodanelly, señala que violencia sexual es el "acto carnal con persona de uno u otro sexo, ejecutado sin su consentimiento o en contra de su voluntad mediante violencia real o física, como por amenaza grave o intimidación presunta"³⁶².

Maggiore Giuseppe, establece que violencia sexual "consiste en obligar a alguno a la unión carnal por medio de la violencia o amenaza"³⁶³.

Sin embargo, de estas definiciones se puede apreciar que el concepto

³⁵⁹ BRAMONT, Luis; García, María: "MANUAL DE DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL", San Marcos, Lima, 1998

³⁶⁰ VILLA, Javier: "DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL IB DELITOS CONTRA EL HONOR, LA FAMILIA Y LA LIBERTAD", San Marcos, Lima 1998

³⁶¹ GARCÍA, Flavio: "DELITOS SEXUALES", Ediciones Legales, Lima, 2004

³⁶² BODANELLY, Pedro: "DELITOS SEXUALES", Bibliográfica, Buenos Aires, 1958

³⁶³ GIUSEPPE, Maggiore: "DERECHO PENAL", Temis, Buenos Aires, 1956

de Noguera Ramos, es el más completo pues engloba varios supuestos característicos de la violencia sexual.

En efecto, señala Noguera Ramos el que el delito de violación "(...) bajo el derecho internacional está constituido por la penetración sexual sin el consentimiento de la víctima, aunque sea leve, de la vagina o el ano o cualquier objeto utilizado, o la boca de la víctima por el pene del perpetrador (...)"³⁶⁴. Mientras que, por su parte, "el Estatuto de la Corte incorporó en la definición de violación, un término mucho más amplio que el de penetración, esto es el de la "invasión" para que resultara neutro en cuanto al sexo.

La definición de invasión incluye no solo la penetración de un órgano sexual, sino también cualquier tipo de abuso sexual con objetos o con partes del cuerpo"³⁶⁵. Y es que debe precisarse el que "(...) este concepto es clave para muchas legislaciones latinoamericanas donde todavía la violación se define como "acceso carnal", reduciéndose a la penetración con un órgano sexual masculino.

Así, la violación requiere que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo. El concepto de invasión se utiliza en sentido amplio para que sea neutro respecto al sexo de la víctima. Además requiere

³⁶⁴

http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1728-59172015000300007&script=sci_arttext; búsqueda del 10.01.17, 8.31 p.m.

³⁶⁵

http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1728-5917015000300007&script=sci_arttext; búsqueda del 10.01.17, 8.31 p.m.

que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su consentimiento genuino. Se entiende que una persona es incapaz de dar su consentimiento genuino si adolece de incapacidad natural, inducida o debida a su edad (...)”³⁶⁶.

3. EL ÁMBITO SEXUAL Y LA LIBERTAD

Se tiene que **Norberto Bobbio**³⁶⁷, distingue entre libertad de querer o de voluntad (libertad positiva), y libertad de obrar (libertad negativa).

- a. La libertad que querer o voluntad, es autodeterminación, la misma que no es otra cosa que la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros.
- b. La libertad de obrar, supone realizar u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de efectuar o de omitir, sin que un tercero no autorizado interfiera en dicha realización u omisión.

³⁶⁶ <http://www.monografias.com/trabajos37/delitos-sexuales/delitos-sexuales.shtml>; búsqueda del 10.01.17 8.39 p.m.

³⁶⁷ BOBBIO, Norberto: "IGUALDAD Y LIBERTAD", Paidós Iberica, 1993

Por su parte, **Diez Ripolles**³⁶⁸, afirma que los delitos de la libertad sexual tienen dos aspectos:

- a. Lo positivo, significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social; y,
- b. Lo negativo, se mira en un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual.

Miguel Bajo Fernández³⁶⁹, afirma que la libertad sexual debe entenderse de dos maneras: Como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y como facultad de repeler .agresiones sexuales de terceros.

Caro Coria³⁷⁰, mientras tanto, considera que la libertad sexual debe entenderse como:

- a. Sentido positivo – dinámico de la libertad sexual, se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales.

³⁶⁸ DIEZ, Ripolles: "EL OBJETO DE PROTECCION DEL NUEVO DERECHO PENAL SEXUAL", PUCP, Lima, 1999-2000

³⁶⁹ BAJO, Miguel: "MANUAL DE DERECHO PENAL", segunda Edición, Madrid, 1991

³⁷⁰ CARO, Coria: "PROBLEMAS ACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LOS DELITOS SEXUALES", Defensoría del Pueblo, Lima, 2000.

- b. Sentido negativo - pasivo, se concreta en capacidad de la persona de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir.

Así, esta división se efectúa con fines pedagógicos, ya que la libertad sexual en su vertiente positiva como negativa no se oponen entre sí, si no que ambas vertientes constituyen un complemento que refleja distintos aspectos de un mismo bien jurídico.

Por lo que se debe señalar, que la libertad sexual es la facultad de la persona para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas.

4. LA INDEMNIDAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO

El bien jurídico a tutelarse en esta clase de delitos estaría dado por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexuales, que procede de la doctrina italiana y reconocida por la doctrina española a finales de los años setenta.

Bramont Arias y García Cantizano³⁷¹, manifiestan que hay comportamientos dentro de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida que la víctima carece de esa libertad. Por lo cual, lo que en verdad se

³⁷¹ BRAMONT, Luis; GARCÍA, María: "MANUAL DE DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL", San Marcos, Lima, 1998

buscaría sería proteger la indemnidad o intangibilidad sexual, o sea la seguridad o desarrollo física o psíquico normal de las personas.

Caro Coria³⁷², indemnidad o intangibilidad sexual, son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad, las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien este afectado por una situación de incapacidad transitoria, o como ocurre con los retardados mentales, nunca lo obtendrían.

Muñoz Conde³⁷³, por su parte se refiere a la protección de menores e incapacidad orientada a evitar ciertas influencias que, inciden de manera negativa en el desarrollo futuro de su personalidad. Y así, si los menores fuesen adultos pudiesen decidir su disponer de su libertad sexual y en caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusan de su situación.

La indemnidad o intangibilidad sexual es el bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas en análisis. Bien jurídico que, en parte se relaciona con la necesidad de proteger y garantizar un desarrollo adecuado del ámbito sexual de quienes no han logrado madurez suficiente, como es el caso de los menores y los incapacitados, sobre todo si como se ha llegado a determinar en el trabajo de campo efectuado, los delitos sexuales de mayor incidencia dentro del distrito judicial de Lambayeque son los delitos de violación a la libertad sexual de menores: Año 2013: 51%, año 2014: 54%, año 2015:

³⁷² CARO, Coria: *Ob. Cit.*

³⁷³ MUÑOZ, Francisco: *"DERECHO PENAL", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.*

32%. Y es que queda claro el que, al ser una de las notas características de esta clase de delitos la gran necesidad de empleo de violencia física o grave amenaza en su comisión, y siendo que al tratarse de menores de edad se requiere de un menor empleo de violencia o grave amenaza por el grado de vulnerabilidad de estos, es que los menores de edad son los más afectados con esta clase de delitos. Por ello es que el Estado debe proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no puede defenderse al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual.

5. DE LA PROBLEMÁTICA DE LA MOTIVACION DE LA REPARACION CIVIL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

El problema de deficiencias en la motivación de la reparación civil en los delitos contra la libertad sexual, no solo acontece en el contexto peruano, sino que es una problemática a nivel internacional.

Y es que "Es evidente que esa cuantificación que se lleve a cabo judicialmente –debido a la ausencia de módulos que, de forma objetiva, ayuden a su concreción- contará siempre con un componente subjetivo. Si bien, como el TS³⁷⁴ ha advertido, ello no implica en absoluto, que su apreciación –o la afirmación de su ausencia- pueda ser irrazonable³⁷⁵"

³⁷⁴ Vid. SSTS de 20.07.96, 24.01.97, 20.01.98, 02.03.00, 16.03.02, 18.05.02, 16.01.03, 01.02.03, 11.12.06, 20.12.06 t 16.02.07, MARTIN RIOS, Pilar: Ob. Cit., pág. 49

³⁷⁵ MARTIN RIOS, Pilar: Ob. Cit. pág. 49

6. MOTIVACION DE LA REPARACION CIVIL EN SEDE PENAL EN JUDICATURAS EXTRANJERAS

En efecto, "Las técnicas de resarcimiento de daño a la persona son ahora lugar clásico de discusión en las experiencias de *civil law* y de *common law*.

Las razones de tal constante y perspicua atención por parte de estudiosos, técnicos, magistrados, médicos legistas, asociaciones de usuarios de las calles, obviamente de seguros, son fácilmente intuibles: El relieve que la persona adquiere cada vez más en la sociedad moderna (con el surgimiento de los valores que a ésta se refieren), las dificultades de una evaluación económica adecuada, de exigencia de ofrecer una idónea reparación por los daños que frecuentemente se encuentran, son todos factores que militan a favor de una permanente reconsideración de los criterios de resarcimiento y de los intereses a privilegiar. De aquí la sucesión de relaciones, informes, proyectos de ley, propuestas e innovaciones"³⁷⁶

En ese contexto de dificultades de una evaluación económica adecuada, se presenta como uno de los modelos más desarrollados el norteamericano. Efectivamente, "(...) la experiencia norteamericana es ciertamente la más rica en datos y en modelos, la más sensible a las exigencias de tutela de las víctimas, la más dirigida hacia su

³⁷⁶ ALPA, Guido: "RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES", ob. Cit. pág. 583

gratificación económica”³⁷⁷. Sin embargo, debe precisarse el siguiente caso: “Se trataba de un accidente vial ocurrido a un joven que, mientras estaba manejando una moto, fue golpeado por una descarga eléctrica escapada de un conducto negligentemente custodiado por la Administración Pública.

El siniestro había ocasionado lesiones permanentes al joven debido al incendio que se había desarrollado. Consideremos el recorrido lógico de los jueces. Ellos consideran, en primer lugar, el futuro laboral de la víctima.

Al momento del accidente, Martin, que era un estudiante de la escuela media, demostraba vivaz inteligencia y habría podido, por consiguiente, ser un trabajador especializado. Varias habilidades técnicas (también psiquiátricas) llevaron a juicio diversas evaluaciones en orden a las futuras posibles ocasiones de trabajo del menor. Los jueces acogieron la tesis de la posible especialización técnica y asumen el parámetro de la renta laboral de un trabajador especializado, al cual se agregan otras sumas por el hecho que las consecuencias del accidente (entre estas, una irreversible alteración facial) habrían impedido al joven asumir empleos que involucren relaciones con el público. Se consideran después los posibles cuidados futuros y las intervenciones quirúrgicas a las cuales el habría debido someterse.

Se consideran aun los sufrimientos psiquiátricos y morales. Y este es el resultado: Para gastos médicos sostenidos (alrededor de quince mil

³⁷⁷ ALPA, Guido: “RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES”, ob. Cit. pág. 585

dólares), y para sostenerse (treinta mil), pérdida de ganancia (cuatrocientos cincuenta mil) y daño moral (setecientos cincuenta mil), el total acumulado suma alrededor de un millón doscientos cincuenta mil dólares, que comprende la desvalorización y la detracción de los intereses que la víctima podrá percibir invirtiendo la suma (denominado *discount rate*)³⁷⁸.

Continúa el análisis de este caso Guido Alpa, quien afirma que el monto del daño moral es enormemente superior a los otros tipos de daño. Además que "(...) se aplica (...) una presunta evaluación de las futuras ganancias; se aplica la denominada Golden rule, con la cual se calcula aproximadamente la suma que debería corresponder a una persona que soporta sufrimientos idénticos a aquellos a los cuales es sometida la víctima. Pero las técnicas de evaluación de la *pecunia doloris* son múltiples (...) el monto del daño también es alto porque los honorarios por prestaciones legales son determinados sobre la base de *contingent fees* (denominado pacto de cuota litis).

A veces el monto de los daños es más alto porque altera el comportamiento negligente del demandado. La Corte liquida los denominados *punitive damages* que absuelven la función de prevenir para el futuro comportamientos similares por parte de agente o de otros que se podrían encontrar en la misma situación. Como se ve, también en la experiencia norteamericana, se pueden registrar variedades de juicios, desproporciones e incertidumbres de evaluación, casualidades debidas a las circunstancias, a la habilidad de los defensores, al involucramiento emotivo de los miembros del

³⁷⁸ALPA, Guido: "RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES", ob. Cit. pág. 588

jurado, etc. En ningún sector mejor que en este, se puede concluir observando que la variación de los juicios transforma el proceso de resarcimiento del daño en una verdadera y propia "lotería forense"³⁷⁹

Asimismo, "Se precisa después que no existen standards fijos y precisos para confrontar los diversos resultados de las evaluaciones: El único criterio guía es dado por la apreciación prudente de las circunstancias y de la comparación con otros casos similares. Pero este criterio es bastante lábil: "Cada caso debe ser decidido teniendo en cuenta sus propias circunstancias, que varían enormemente (...); a menudo los tipos de lesión son idénticos, pero la liquidación del daño, de caso con caso, varia notablemente"³⁸⁰

Por otro lado, como normativa relevante al respecto en ordenamientos extranjeros se tiene el que:

1.- En el Código Penal de la Nación Argentina (Ley Nº.11.179.T.O.1984 actualizado), en el título IV, en lo referente a la reparación de perjuicios, se ha establecido:

"Artículo 29. La sentencia condenatoria podrá ordenar: (...)
La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba"³⁸¹

³⁷⁹ ALPA, Guido: "RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES", ob. Cit. pág. 588

³⁸⁰ ALPA, Guido: "RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES", ob. Cit., pág. 587

³⁸¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 646

Artículo del cual se advierte el que en Argentina, a efectos de una adecuada motivación, se exige a los juzgadores el empleo del criterio de equidad (léase "fijar el monto prudencialmente").

2.- En el Sistema Penal Colombiano. Código Penal (Ley N°599, del 24 de julio del 2000), en el capítulo sexto, denominado "DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA CONDUCTA PUNIBLE" se establece:

(...)

"Artículo 97. Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil salarios mínimos mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso"³⁸².

De lo que destaca el que el juzgador a efectos de fijar el monto pertinente de reparación civil se encuentra obligado a efectuarlo teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado, respecto de aquellos daños inmateriales, mientras que se exige los daños materiales sean probados en el proceso.

3.- En el sistema penal español. Código Penal. Título V, denominado de la "RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS

³⁸² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 650

DELITOS Y DE LAS COSTAS PROCESALES”, capítulo I, “DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU EXTENSIÓN”.

“Artículo 110. La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1 La restitución. 2 La reparación del daño. 3 La indemnización de perjuicios materiales y morales. Artículo 111. 1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y este lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito. 2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable. Artículo 112. La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa. Artículo 115. Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, debiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución”³⁸³.

³⁸³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 658

Puede destacarse principalmente el que la normativa española precisa ya el que la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer (no lo reduce al tipo de obligación de dar), todo lo que el juez o tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél daño y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa. Sin perjuicio de lo que, aquel criterio respecto a que se han de considerar las condiciones personales y patrimoniales del culpable, hace entrever la consideración de la reparación como una pena, doctrina muy criticable en el ámbito peruano, pero que es necesario mencionar con fines ilustrativos. Asimismo, se establece el que los jueces y tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, señalaran razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, debiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución, es decir, se insta a los órganos judiciales pertinentes a señalar los criterios empleados y así paliar de algún modo las deficiencias comunes dentro de los ordenamientos jurídicos en el ámbito de la motivación de la reparación civil ex delicto.

7. CRITICAS AL SISTEMA DE BAREMOS Y EL EMPLEO DE FORMULAS MATEMÁTICAS A NIVEL INTERNACIONAL

Asimismo, en los ordenamientos jurídicos extranjeros se ha tomado como una posible solución a la problemática en análisis, el empleo 1) del sistema de baremos, 2) de fórmulas matemáticas, lo que sin

embargo, ha merecido un sin número de críticas conforme se procede a reseñar.

a. Respecto al sistema de baremos

Este sistema ha sido empleado principalmente por España, donde "(...) es el único país de la Unión Europea que posee un baremo vinculante de responsabilidad civil. Esta incorporación se produjo a través de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de 1995, la cual introdujo un Anexo llamado "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación", que en realidad no es otra cosa que un baremo y a pesar de que ha sido objeto de variadas críticas y polémicas dentro de la doctrina, las sentencias del Tribunal Constitucional le han otorgado valor vinculante, manteniendo su constitucionalidad"³⁸⁴

Sin embargo, como lo señala la Ana Ochoa Casteleiro, este sistema, que se aplica para valorar las lesiones sufridas por las personas en el ámbito de la circulación de vehículos a motor y que resulta vinculante en este terreno, se utiliza en la práctica como referencia para cuantificar las indemnizaciones derivadas de otros delitos, aunque sin

³⁸⁴ MARTIN CASALS, Miguel, "HACIA UN BAREMO EUROPEO PARA LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CORPORALES, CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PROYECTO BUSNELLI-LUCAS", Segundo Congreso Nacional de Responsabilidad Civil, [en línea], <http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.htm>, [consulta: 11 agosto 2011], citado por CASTILLO PINAUD, Claudia; PÉREZ RETAMAL, Doris: "DETERMINACIÓN DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO POR DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA", pág., 21

carácter vinculante³⁸⁵. Por lo que “Cuando el daño no haya sido causado por un accidente de circulación, no hay ni siquiera que aplicar el Baremo por analogía, si bien, la mayoría de los Juzgados lo está aplicando como criterio orientativo”³⁸⁶.

Ahora, entre las críticas a este sistema se encuentra:

Originaria un tratamiento de evaluación previo y tasado, pero que por las particulares notas que pueden acontecer en la práctica, se puede ocasionar un resarcimiento arbitrario. En esa línea se ha escrito: “Y es que se ha de tener en cuenta que al lado del daño biológico o fisiológico que es la lesión física permanente que la persona ha de soportar, y que siendo igual para todos, es susceptible de recibir un tratamiento indemnizatorio igualitario, se encuentra también el daño moral, que no es simplemente el sufrimiento psicofísico derivado de aquel daño biológico, como aparentemente pudiera pensarse, sino que es un concepto mucho más amplio que engloba la repercusión concreta de aquel daño fisiológico en la vida y actividades de la persona afectada no susceptible de cuantificación patrimonial concreta, y que va desde la pérdida de la capacidad de disfrute, hasta la de la propia autonomía o capacidad personal en muy diversos grados y situaciones, que varían según cada caso y según qué persona, y que por ello no admiten un tratamiento de evaluación

³⁸⁵ OCHOA CASTELEIRO, Ana: “LA INDEMNIZACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL Y LA NUEVA DIRECTIVA DE LA UE”, Resúmen del discurso pronunciado por la dra Ochoa Casteleiro en la Universidad de Bolonia, el 12 de abril de 2013, durante la conferencia *L’immane concretezza della vittima: “buone pratiche” e sviluppi normativi alla luce della direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*, pág. 6.

³⁸⁶ OCHOA CASTELEIRO, Ana: *Ob. Cit.*, pág. 6.

previo e igualitario, sino una indemnización desigual, concreta y personalizada caso por caso”³⁸⁷.

Los montos fijados por reparación civil son muy exiguos, donde si bien va en aumento el costo de vida, estos montos continúan estáticos, y se genera un caos legislativo mayor la constante modificación de los mismos. Así, en la práctica española se tiene que: “(...) se deben garantizar indemnizaciones justas.- Y a este respecto nuestra opinión es que se deben aumentar significativamente las indemnizaciones, es decir, el valor económico de cada punto de secuela, de cada día de incapacidad y, complementariamente, de cada factor corrector, etc., pues, como dijera don Enrique Ruiz Vadillo³⁸⁸, padre del primer baremo del año 95 “si las cuantías indemnizatorias no son auténticamente reparadoras (y aún con toda la carga que conlleva este concepto indeterminado, todos tenemos una idea muy aproximada de lo que debe significar), el sistema termina siendo o puede constituirse en un instrumento peligroso de injusticia”, a cuyos efectos actuales, según indica el Profesor Sánchez Calero, es de hacer notar: 1) El primer baremo de 1995 tomó como referencia el importe mínimo del seguro obligatorio del automóvil establecido entonces por las Directivas Comunitarias en 350.000 ecus por víctima. 2) En el año 2004, por presión de las compañías aseguradoras, se forzó una reforma del baremo que supuso la refundición de conceptos y secuelas indemnizables y supuso en la práctica una injustificada

³⁸⁷ YÁÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino: “BAREMO Y RESPONSABILIDAD CIVIL”, pág. 13.

³⁸⁸ ENRIQUE RUIZ, Vadillo “La Ley 30/1995 de 8 de diciembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados: Los baremos”, *Revista Española de Seguros* nº 85, enero/marzo 1996, citado por YÁÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino: *Ob. Cit.*, pág. 22

reducción de las indemnizaciones a las víctimas del orden del 50%. 3) Los importes mínimos actuales del seguro obligatorio del automóvil alcanzan hoy a 1.000.000 euros por víctima (5ª Directiva 2005/14/CE), y, para ponerse a este nivel, las cuantías indemnizatorias del baremo español debieran multiplicarse por tres, pues ha quedado totalmente anquilosado desde hace quince años con referencia a un importe mínimo asegurado de 350.000 euros, como argumenta el citado Profesor y Presidente de SEAIDA. 4) Los enormes beneficios de las compañías aseguradoras durante todos estos años a costa de las víctimas no pueden ser ocultados y están a la vista³⁸⁹ (...) Lo que interesa, sobre manera, a todas las víctimas en el ámbito indemnizatorio es la indemnización total por la que va a ser resarcida, la cual debe ser aumentado significativamente. Y se impone recordar que antes del año 95 las indemnizaciones que fijaban los Tribunales de Justicia eran mayores que las resultantes del primer baremo, y que el nivel económico-social del país ha aumentado durante estos quince años muy notablemente.

El nivel de vida ha subido y sin embargo las indemnizaciones han bajado notablemente, lo que pone de relieve un absurdo fenómeno de mercantilización y desvalorización de la vida y de la dignidad de todos, tanto los que pagan las primas, como los que reciben las indemnizaciones, por ser ambos sujetos permanentemente intercambiables. No es difícil saber quién se queda la "parte del león",

³⁸⁹ *Los ingresos de la primera aseguradora española en 2010 han ascendido a 20.470,8 millones de euros, con un incremento del 8,7%; dicha compañía ha hecho acopio de efectivo de 1.497 millones en tesorería, un 74% más que un año antes, habiendo percibido sus seis consejeros ejecutivos una remuneración conjunta de 9,1 millones de euros, el doble que un año atrás, como lo reseña YAÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino: Ob. Cit., pág. 21*

en un ámbito en el que, como recuerdan el Magistrado Ruiz Vadillo y el profesor Sánchez Calero “domina o debe dominar la preocupación por la protección de las víctimas”, porque el parque de vehículos y, por consiguiente, las primas de su aseguramiento, han aumentado un 65% desde el año 95 al 2009 y, al mismo tiempo, la siniestralidad se ha reducido un 51% en cuanto a la mortalidad en el mismo periodo”³⁹⁰.

b. Respetto al empleo de fórmulas matemáticas.

Dicho empleo, en el presente caso en la experiencia argentina, va respecto a calcular las indemnizaciones por daños materiales en los accidentes del trabajo fundados en el derecho civil, en el sentido de que sólo resarcen el llamado lucro cesante³⁹¹. Puede advertirse, el que estas fórmulas matemáticas no son empleadas en la reparación civil ex delicto, pero sí vendría en prudente su cita pues es uno de los modos como en la legislación comparada se ha pretendido el resarcimiento de los daños.

En efecto, el Dr. Emilio E. Romuald sostiene que: “[...] las fórmulas basadas en salario son profundamente injustas. (...) porque quien menos gana necesita la utilización de su cuerpo para su vida cotidiana tanto en el aspecto laboral como en los de relación. Para graficar la idea quien gana \$1000 viaja en colectivo, pinta su casa, hace los arreglos de plomería o albañilería o corta el pasto. Quien gana \$

³⁹⁰ YÁÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino: *Ob. Cit.*, pág. 21

³⁹¹ SCH CK, *Estudio Jurídico: “LAS PAUTAS PARA FIJAR LAS INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTES DEL TRABAJO FUNDADOS EN EL DERECHO CIVIL”*, pág. 10.

10.000 viaja en auto, lo que conlleva mayor confort para soportar la discapacidad o el dolor y tercerizar la mayor parte -si no todas de las tareas antes mencionadas”³⁹²

Asimismo que: “De allí que el sistema de capital amortizable de la fórmula Méndez pueda ser empleado como un punto de partida o marco referencial “mínimo”, para el cálculo del lucro cesante, pues tal como se ha visto precedentemente, la reparación debida en concepto de daños provocados a la salud del trabajador no ha de limitarse a la pérdida de capacidad de ganancias del trabajador, sino que debe comprender “todo daño y perjuicio” derivado del infortunio”³⁹³.

Entre los fallos, dentro del mismo país argentino se ha tenido oportunidad de señalar:

c. “La valoración de la vida humana es la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue. Para la fijación de la indemnización por el valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas, sino que es menester computar las circunstancias particulares de la vida y de los damnificados: edad, grado de parentesco, profesión, posición económica, expectativa de vida, etc. Para la determinación del daño moral ha de jugar de manera

³⁹² ROMUALDI, Emilio E., “LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LAS PERSONAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, N° 10, mayo de 2008, págs. 868/871, citado por SCH CK, *Estudio Jurídico: Ob. Cit.*, pág. 11.

³⁹³ SCH CK, *Estudio Jurídico: Ob. Cit.*, pág. 12

fundamental la situación de los hijos menores, privados en forma prematura como consecuencia del fallecimiento del progenitor, de su asistencia espiritual y material a una edad en la que el sostén asume particular significación (CSJN, Fournier Patricia M. c/ Cáceres Héctor y otro, 27/9/94, JA 1995-II-193). CNAT, S.I. S.D. 83736 del 18/07/06. Exp.7247/00, "Casiva, María Antonio P/Si y en Rep. de sus hijos menores Gisela Guadalupe y María del Carmen Mansilla y otro c/ DAGWARD SA y otros s/ Accidente-Acción civil"³⁹⁴.

d. "La fórmula matemática financiera que la Sala III de esta Cámara hiciera conocida a partir del caso "Vuoto, Dalmero c/ AEG Telefunken SA" (SD 36010 16/6/78) sólo cuantifica una parcela del daño material consistente en la merma que el daño a indemnizar provocará exclusivamente en el plano puramente salarial referente al empleo para la empleadora en cuyo marco contractual se produjo la contingencia, sin merituar otras facetas del daño material. En este sentido deben recordarse los señalamientos efectuados por la CSJN en el caso "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios SA" (21/9/04 Fallos 327:3753) cuando estableció que "...no se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquél

³⁹⁴ SCH CK, *Estudio Jurídico: Ob. Cit. pág. 18*

valor vital de los hombres”, recordando que “en el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de chance, cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera (Fallos 308:1109, 1117, considerando 9)”. CNAT, Sala II, Expte. n° 5286/06, sent. 95588, 5/3/08, “Avalos, Aurora c/ Taluden SA y otro s/ Accidente-Acción civil”³⁹⁵.

e. “Teniendo en cuenta las disposiciones del C. Civil, la determinación del quantum indemnizatorio no es forfataria sino integral y relativa a las particularidades del caso y, por lo tanto no está sujeta a la aplicación de una fórmula matemática legalmente establecida. CNAT, Sala IX, Expte. n° 29067/05, sent. 14932, 26/5/08, “Pérez Rocha, Carlos c/ Liberty ART SA y otros s/ Accidente”³⁹⁶.

f. “Si bien la edad de la víctima, sus expectativas de vida, de ganancia y los porcentajes de incapacidad constituyen valiosos elementos referenciales para cuantificar los daños padecidos, debe seguirse un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso y no asirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (art. 165 del CPCCN). CNAT, Sala VIII, Expte. n° 5456/06, sent. 34886, 28/3/08, “Pucheta, Patricio y otro c/ Disco SA s/ Accidente- Acción civil”³⁹⁷.

g. En la causa “Arostegui, Pablo c/ Omega A RT SA y otro” (8/4/08) la CSJN descalificó en el ámbito normativo de la

³⁹⁵ SCH CK, *Estudio Jurídico: Ob. Cit., pág. 32*

³⁹⁶ SCH CK, *Estudio Jurídico: Ob. Cit., pág. 35*

³⁹⁷ SCH CK, *Estudio Jurídico: Ob. Cit., pág. 36*

reparación basada en el derecho civil, la aplicación de fórmulas de cálculo sustentadas exclusivamente en el porcentaje de incapacidad, salario y expectativas de vida laboralmente activa del damnificado, sosteniendo que "tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretende aplicar, dada la comprensión plena del ser humano que informa a éste. Asimismo agregó que la incapacidad del trabajador proveniente de infortunios laborales en el contexto indemnizatorio del derecho común, suele producir un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc. y debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma, tiene un valor indemnizable. Incluso corresponde indemnizar la pérdida de chance, cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera (Fallos 308:1109, 1117). CNAT, Sala IX, Expte. n° 9 144/06, sent. 14958, 2/6/08, "Medina, Daniel c/ Heredia, Marina y otro s/ Accidente-Acción civil"³⁹⁸.

Finalmente puede agregarse que la Corte Suprema argentina establece una orientación clara hacia los jueces de las instancias inferiores, en el sentido de que las condenas por daños y perjuicios no se desnaturalicen, a través de la utilización excluyentes de fórmulas matemáticas o comparaciones con el sistema tarifado, que terminan

³⁹⁸ SCH CK, *Estudio Jurídico: Ob. Cit., pág. 34*

siendo reduccionistas y contradicen el régimen del derecho común que se está aplicando.

Por el contrario el mandato es de calcular las indemnizaciones en base a un prudente arbitrio judicial que contemple las circunstancias particulares del dañado como son la edad, estado de salud, actividad laboral y extralaboral, aptitud artística, deportiva, repercusión en la actividad social, familiar y económica y las consecuencias que las lesiones pueden tener sobre su futuro personal y profesional³⁹⁹.

Todo ello es lo concerniente a lo que acontece dentro de los ordenamientos jurídicos extranjeros en relación a la reparación civil. Sin embargo, antes de proceder a estructurar la propuesta de solución objeto de la presente investigación, es necesario contar con una idea precisa de lo que viene ocurriendo en el distrito judicial de Lambayeque respecto a la motivación de la reparación en los delitos contra la libertad sexual.

³⁹⁹ SCH CK, *Estudio Jurídico: Ob. Cit.*, pág. 12

CAPÍTULO V.

DE LA SITUACION DE LA REPARACION CIVIL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE (ESTUDIO COMPARATIVO AÑOS 2013, 2014, 2015)

Desarrollamos este capítulo de forma autónoma a efectos de poder presentar en forma puntual y especial el "marco referencial" en el cual se desarrolla nuestra investigación, toda vez que presentamos la información cuantitativa que registra nuestro contexto problemático y sobre la base de la acreditación de una deficiencia en la determinación de las reparaciones civiles en casos que nos vinculan temáticamente, consideramos que será posible fundamentar nuestra posición en el siguiente y último capítulo de la investigación.

Así en base a lo apreciado por la práctica judicial lambayecana, se considera que el juzgador despliega esfuerzos en la determinación de la pena, pero efectúa una deficiente cuantificación de la reparación civil. Y es que "(...) La jurisprudencia del Poder Judicial no muestra criterios uniformes, inclusive en algunos casos muestra incoherente y contradictoria.

Así, en algunos casos ampara el resarcimiento en determinadas condiciones y magnitud y en otros casos similares determina la magnitud del daño de manera totalmente distinta sin dar razón o motivación alguna; asimismo, los montos establecidos como

reparación civil son exiguos y no corresponden a la real magnitud del daño causado y probado en el proceso.

A la vez que no se establecen qué criterios se han tenido en cuenta para la determinación del hecho dañoso, el daño, la relación de causalidad entre ambos, el factor de atribución de responsabilidad y el resarcimiento; apreciándose que en lo fundamental nuestros operadores todavía siguen pensando conforme los criterios esgrimidos en el derogado Código Penal de 1924 (...)”⁴⁰⁰

En ese contexto, a continuación se analiza el nivel de motivación de la reparación civil en los delitos contra la libertad sexual en el distrito judicial de Lambayeque (estudio comparativo años 2013, 2014, 2015), lo que se muestra en base a resultados empíricos de conformidad con los ítems previstos en la presentación de resultados, y con una ubicación en el espacio dentro de la Corte Superior de Justicia de Chiclayo, haciéndose un estudio de las veintisiete (27) sentencias emitidas por los dos Juzgados Colegiados Penales comprendiendo el periodo desde el mes de enero al mes de diciembre del año 2013, cuarenta y tres (43) sentencias emitidas por los dos Juzgados Colegiados Penales y los siete Juzgados Unipersonales Penales durante el año 2014 y veintiocho (28) sentencias emitidas por los dos Juzgados Colegiados Penales y los siete Juzgados Unipersonales Penales durante el año 2015⁴⁰¹.

1. Criterios para fijar los montos por reparación civil

⁴⁰⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 563

⁴⁰¹ *Sentencias en materia de violación a la libertad sexual.*

En este caso, del estudio comparativo de los tres años, se ha considerado como punto de referencia la delimitación del objeto y el hecho reparador del daño. Se ha tomado como base los criterios establecidos en el Expediente N° 00728-2008-HC Caso Llamuja, en tanto las **anomalías de motivación** que se pueden presentar en las sentencias judiciales, de modo tal que, de conformidad con el anexo 1.A, en ninguno de los tres años ha existido un nivel de motivación adecuada, pues entre las cifras sobresalientes se puede detallar: En el año 2013: Motivación aparente 66%, año 2014: Motivación aparente 81%, año 2015: Motivación aparente 85.7%, esto es, el nivel de deficiencia en la motivación de la reparación civil va en aumento cada año. Además, se presenta de modo más saltante: Deficiente motivación externa (2013: 4%; 2014:0%; 2015:3.6%), falta de motivación interna (2013: 4%; 2014:7%; 2015:0%), motivación insuficiente (2013:7%; 2014:12%; 2015:10.7%).

Asimismo, también se puede advertir como rasgos característicos:

- a. Cuando las partes, habiendo llegado a un acuerdo de conclusión anticipada convienen en determinado monto de reparación, el juzgador se limita a aprobar dicho monto sin ningún criterio adicional. Así, por ejemplo se tiene la sentencia emitida en Exp. N° 6058-2011 por el Juzgado Penal Colegiado Permanente de Lambayeque, contenida en la resolución número cinco de fecha 24 de setiembre del 2013, en cuyo considerando séptimo se menciona:

"Respecto al monto de la reparación civil debe considerarse

tanto la parte acusada, su abogado y Ministerio Público han convenido en el pago de ochocientos nuevos soles por concepto de reparación civil, considerando el colegiado que es un monto suficiente para resarcir el daño ocasionado.” **(Motivación aparente)**

- b. No existe mayor sustento fáctico ni jurídico en el contenido de las premisas que respaldan a la reparación civil. Por ejemplo, en la sentencia emitida en Exp. N° 6228-2012 por el Juzgado Penal Colegiado Permanente de Lambayeque, contenida en la resolución número seis de fecha 08 de marzo del 2013, en el considerando octavo se señala:

“8.1. En cuanto a la reparación civil, según el artículo 93° del Código Penal, comprende tanto la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios.

8.2. La representante del Ministerio Público ha propuesto se imponga la suma de cinco mil nuevos soles a favor del agraviado.

8.3. Este Colegiado considera que dicho monto no es amparable y razonable ya que para una adecuada determinación judicial de la reparación civil no solo es necesario valorar objetivamente el daño (...)

8.4. En el presente caso, tenemos a una persona que ha perdido su empleo y que actualmente tiene como ocupación formar parte del servicio militar, la misma que no genera remuneración alguna por lo que este Colegiado considera que

suma proporcional y razonable a imponerse por concepto de reparación civil al acusado es la de los dos mil nuevos soles”.

(Deficiente motivación externa)

c. Los tipos de daños a resarcirse son mencionados muy someramente, por lo que estos no quedan claramente delimitados. Se tiene así sentencia emitida en Exp. N° 796-2013 por el Juzgado Penal Colegiado Transitorio de Lambayeque, contenida en la resolución número tres de fecha 19 de agosto del 2013, en la que se señala:

“8.1. Respecto al monto de la reparación civil debe considerarse que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal (...). Siendo así la indemnización cumple una función reparadora, resarcitoria e indemnizatoria de acuerdo a lo establecido por los artículos 92 y 93 del Código Penal, por lo que el monto debe guardar relación con el daño causado a los intereses de la víctima (...).

8.2. Asimismo, en el aludido Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116, la Corte Suprema, estableció que el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido, lesión que puede originar tanto (1) daños patrimoniales (...) (2) daños extrapatrimoniales (...)

8.3. En este caso se ha fijado el monto de UN MIL NUEVOS SOLES por concepto de INDEMNIZACION a favor de la parte agraviada, dado que es bien cierto que la menor no ha sufrido daño emocional como consecuencia del acto sexual, que busca

*proteger a las menores de las relaciones sexuales prematuras, entendiéndose que las mismas no tienen libertad de decisión, respecto a su libertad sexual, por tanto para su configuración **la existencia de daño no sería requisito.**” (Motivación aparente)*

d. Incluso de cuestiones teóricas pasan a fijar el monto sin referirse al caso específico. Lo que también ocurre a nivel internacional, como en la práctica chilena, donde “luego de puntualizar la difícil tarea de otorgar un monto de dinero a un daño subjetivo y enumerar las soluciones nacionales y de derecho comparado, pasan a señalar que, considerando lo anteriormente expuesto por ellos, se otorga tal o cual monto. El análisis de los criterios y sus pesos relativos se encuentra totalmente ausente”⁴⁰². Adicional a que, al menos en el caso lambayecano, existe una suerte de “copia de formato”, por lo que cada juzgador cuenta con una fórmula global a aplicar de modo genérico a cualquier supuesto de reparación civil por violación a la libertad sexual. Por ejemplo se tiene el Exp. N° 1582-2013-91, Juzgado Penal Colegiado Transitorio de Lambayeque, en el cual en la resolución número nueve de fecha 24 de marzo del 2014, en el considerando octavo se establece la determinación de la reparación civil esto es:

“8.1.- En cuanto a la reparación civil según el art. 93 del Código Penal, comprende tanto la restitución del bien, o si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y

⁴⁰² CASTILLO PINAUD, Claudia; PÉREZ RETAMAL, Doris: Ob. Cit., pág., 81

perjuicios.

8.2.- En consecuencia, teniendo en cuenta que el delito de actos contra el pudor, es un delito que protege la indemnidad e intangibilidad sexual, entendida esta como la protección sobre una persona, (menor de edad), que por su condición o naturaleza no se encuentra en la capacidad de adoptar decisiones respecto al ejercicio de su actividad sexual. Que, de la misma forma y efecto de clarificar y precisar el concepto de indemnidad sexual, la Sala Penal de la Corte Suprema de la República, mediante acuerdo primario N° 4-2008/ CJ-116, de fecha 18 de julio del 2008, ha optado por definir el concepto de indemnidad sexual de la forma siguiente: "Planteado así el problema, es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: Menores e incapaces". En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho de una actividad sexual en libertad, que siendo así corresponde fijarle una reparación civil ascendente a S/. 3,000 nuevos soles, cantidad que consideramos razonables por el daño causado".

e. Y siempre se imponen irrisorios montos a cancelarse, tal como se aprecia en la sentencia emitida en Exp. N° 2047-2012 por el Juzgado Penal Colegiado Permanente de Lambayeque, contenida en la resolución número seis de fecha 27 de agosto

del 2013, donde en el considerando séptimo se dicta:

"9.1. En cuanto a la reparación civil, según el artículo 93° del Código Penal, comprende tanto la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios.

9.2. En el presente caso, el colegiado considera que si bien, se ha producido una afectación a la indemnización sexual de la menor esta no ha sido de gravedad, y en tal sentido considera que una suma razonable para reparar el daño ocasionado es la de dos mil quinientos nuevos soles." (Motivación aparente)

O también puede precisarse la sentencia emitida en Exp. N° 05454-2009 por el Juzgado Penal Colegiado Permanente de Lambayeque, contenida en la resolución número tres de fecha 31 de enero del 2013, donde se menciona:

"8.1. En cuanto a la reparación civil, según el artículo 93° del Código Penal, comprende tanto la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios.

8.2. En el presente caso, debe tenerse en cuenta que la afectación ha sido en mayor grado psicológica, cuya recuperación requiere de una serie de terapias personales y familiares por algunos años, lo que va a implicar sufragar el costo de un servicio psicólogo, el mismo que si bien es cierto al tratarse de forma particular puede tener un costo como el indicado por la Licenciada Nadia Azucena Céspedes Carrasco, no es menos cierto que dichas terapias también son brindadas por el Estado, lo que reduce significativamente los costos, por lo

que atendiendo a ello corresponde fijarse en s/.3,500.00 nuevos soles (Tres mil quinientos y 00/100 nuevos soles) el monto que deberá pagar el acusado por concepto de reparación civil a favor de la agraviada D.C.C.C. quien por ser menor de edad se encuentra representada por su madre Liliana Elizabeth Cabrejos Senmache, monto que este Colegiado lo considera suficiente y proporcional para reparar el daño causado". (Motivación aparente).

2. Resarcimiento del daño causado a la víctima.-

En este punto, se analiza lo pertinente al 1) tipo de daño que comprendió el monto fijado, como también 2) el monto fijado por concepto de reparación.

Respecto al primer punto se tiene que, de conformidad con el anexo 2.A, en los tres años analizados, se advierte de manera saltante el que en las sentencias judiciales analizadas no se precisa el **daño** irrogado a la víctima, falta de precisión ascendente a: Año 2013: 37%, año 2014: 67%, año 2015: 71%, lo cual cada año va en aumento (37%, 67%, 71%). Además, se presenta de modo más característico: Se precisó daño moral (2013: 7%; 2014:0 %; 2015:0 %), daño físico (2013:11%; 2014:0%; 2015:4%), daño psicológico (2013: 30%; 2014:28 %; 2015:25 %), proyecto de vida (2013:11 %; 2014:5 %; 2015: 0%), es decir, son limitados los supuestos en los que sí se detalló el daño a indemnizarse.

En tanto el segundo ítem, respecto al **monto fijado** por concepto de

reparación, según el anexo 3.A, respecto a los tres años analizados sobre todo los montos a considerarse como reparación va entre S/.1,000-S/.3,999, esto es año 2013:59%, año 2014:72%, año 2015:54%, es decir, en su mayoría se considera como reparación montos que no exceden de s/. 4,000 pese a tratarse de delitos de violación de la libertad sexual, iy que recaen mayoritariamente en menores de edad! Montos que carecen de regularidad pues ascienden a año 2013:59%, año 2014:72%, año 2015:54%, es decir aquí sí se está ante porcentajes variados. Además se presenta de modo relevante: Reparación que fluctúa entre S/.4,000 a s/.6,999 (2013:22%; 2014:14%; 2015:21%), reparación que oscila entre S/.7,000 a S/.9,999 (2013:4%; 2014:5%; 2015:7%), reparación ascendente de S/.10, 000 a mas (2013:11%; 2014:7%; 2015:14%), reparación menor a S/.1, 000 (2013:4%; 2014:2%; 2015:4%).

3. Evaluación de los expedientes que desarrollan Delitos de Violación de la Libertad Sexual.

Aquí se expondrá cinco aspectos notables: Tipo del delito ocasionador del daño, quantum de la pena impuesta, grado de agotamiento del delito, tipo de condena impuesta, conclusión anticipada, conforme se pasa a analizar a continuación.

Tipo del delito ocasionador del daño. Según el anexo 4.A, destacan los delitos de violación a la libertad sexual de menores, piénsese que son los más vulnerables, y así se puede observar año 2013:51%, año 2014:54%, año 2015:32%. Asimismo, se aprecia: Violación a la libertad sexual (2013:11%; 2014:2%; 2015:11%),

actos contra el pudor (2013:34%; 2014:40%; 2015:54%), otros delitos (2013:4%; 2014:4%; 2015:3%).

Quantum de la pena impuesta. Destaca sobre todo penas entre 8-10 años y 11-25 años, esto es pena entre 8-10 años (2013:30%; 2014:28%; 2015:29%), pena entre 11-25 años (2013:37%; 2014:16%; 2015:11%), tal cual se aprecia del anexo 5.A. Por su parte se presenta también: Pena entre 3-4 años (2013:7%; 2014:23%; 2015:18%), pena entre 5-7 años (2013:7%; 2014:10%; 2015:29%), pena entre 26-35 años (2013:19%; 2014:16%; 2015:13%), cadena perpetua (2013:0%; 2014:7%; 2015:0%).

Grado de agotamiento del delito. Destaca, en base al anexo 6.A, el que el grado de agotamiento más sobresaliente es el de consumado (2013:96%; 2014:95%; 2015:96%), lo que demuestra cierta homogeneidad respecto a las cifras, mientras que el grado de tentativa es menor (2013:4%; 2014:5%; 2015:4%).

Tipo de condena impuesta. En tanto el anexo 7.A, se advierte la imposición de pena efectiva (2013:93%; 2014:81%; 2015:82%), mientras que la pena suspendida es reducida (2013:7%; 2014:19%; 2015:18%).

Conclusión anticipada. Según el anexo 8.A, el porcentaje de los casos en los que no se arribó a acuerdo de conclusión anticipada es de año 2013:66%; año 2014:72%; año 2015:64%, mientras que sí se arribó a dicho acuerdo año 2013:34%; año 2014:28%; año 2015:36%.

CAPITULO VI

DESARROLLO DE NUESTRA POSICIÓN FRENTE A LA IRREGULARIDAD EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL EN DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL A MODO DE FUNDAMENTAR NUESTRA HIPÓTESIS

En palabras de Claudia Castillo Pinaud y Doris Pérez Retamal: "La dificultad que tienen los jueces en la determinación del monto indemnizatorio por daño moral en un caso concreto, radica en que este daño no es cuantificable en una suma de dinero, debido a su carácter inconmensurable.

Es por esta característica intrínseca y común a todos los bienes que no tienen un mercado asignado, unido a la necesidad de indemnizar en dinero (bien líquido y fungible por excelencia), que nos encontramos en frente a una encrucijada jurídica de proporciones, consistente en la imposibilidad estructural de relacionar un daño incuantificable con una suma de dinero. Dicho obstáculo es del todo conocido por la jurisprudencia, y muchas veces lo han expresado en el carácter "subjetivo" del daño moral, para posteriormente señalar uno o más argumentos para justificar cierto monto, su reducción o aumento"⁴⁰³.

Por lo ello, es necesario establecer alternativas de solución al respecto. Así, como lo plantea el maestro Guido Alpa, en el fondo de la noción de resarcimiento está la idea de colocar al damnificado, a

⁴⁰³ CASTILLO PINAUD, Claudia; PÉREZ RETAMAL, Doris: *Ob. Cit.*, pág., 50

través de la aplicación positiva de este tipo de remedio, en la misma posición en que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiera producido.

Pero desde el momento en que nada de lo sucedido históricamente puede ser eliminado, habrá de tratar, más bien, de determinar el criterio o método mediante el cual se puede restaurar, más adecuadamente, el statu quo⁴⁰⁴, razón por la que a continuación se plantea como medidas a adoptarse, un conjunto sistémico de estas como lo son: 1) tener claro qué daños son indemnizables, 2) considerarse a la equidad como criterio a aplicarse, 3) establecerse demás criterios de aplicación, 4) probanza de daños, 5) exigirse la necesidad de una adecuada motivación, 6) se publiquen los cálculos de indemnizaciones, 7) se proceda a capacitar a jueces y fiscales en la materia, 8) se efectúe una modificación legislativa conteniendo estas nuevas consideraciones. Conjunto de medidas que se exponen con detenimiento a continuación:

1. SE DEBE TENER UNA MEJOR PRECISIÓN SOBRE QUÉ DAÑOS SON INDEMNIZABLES

Como se pudo detallar anteriormente, el principal talón de Aquiles de los órganos jurisdiccionales al fijar el quantum indemnizatorio va en tanto no se tiene claro cuáles son los daños susceptibles de indemnización, pues, como se apreció, dentro de las sentencias judiciales analizadas no se especifica el tipo de daño irrogado a la víctima, indeterminación que se advierte en el 2013: ascendente al

⁴⁰⁴ ALPA, Guido: "ESTUDIOS SOBRE LA REPARACIÓN CIVIL", ob. Cit., pág.303

37% de sentencias revisadas, año 2014: 67%, año 2015: 71%, donde, como se puede apreciar, cada año es más alarmante el poco nivel de determinación del daño. Así pues, solo se hubo especificado cada daño en porcentajes de: A) Daño moral: 2013: 7%; 2014:0%; 2015:0%, b) daño físico: 2013:11%; 2014:0%; 2015:4%, c) daño psicológico: 2013: 30%; 2014:28 %; 2015:25%, d) proyecto de vida: 2013:11%; 2014:5%; 2015: 0%.

Y es que la gravedad se vislumbra en tanto que ¿cómo un magistrado podrá dictar una reparación civil idónea si no tiene ni mínimamente claro qué conceptos indemnizará?

En ese sentido, se advierte en doctrina varios esfuerzos interesantes en solucionar esta problemática, pese a lo que nada logra resultado, y esto en la medida de que se ignora que en el origen mismo de esta cuestión se encuentra en doctrina gran cantidad de tipos de daños a indemnizarse, y en cuyo contexto el ordenamiento jurídico peruano, no ha ayudado en clarificar aquello. E allí la necesidad de uniformizar criterios.

Se debe contar efectivamente con claridad respecto a los tipos de daños objeto de resarcimiento dentro de la legislación peruana, pues si bien doctrinariamente pueden ser recogidas un sin número de categorías, el juzgador a efecto de realizar una adecuada motivación de la referida reparación civil, debe conocer con claridad cuáles son las categorías resarcibles dentro de nuestro ordenamiento. Así, si bien se ha detallado este temática anteriormente, es necesario referirse

nuevamente al respecto, pero redondeando de modo más específico y suscinto lo expresado.

En efecto, tal como se planteó, de conformidad con lo escrito por Tomás Aladino Gálvez Villegas, en el common law se entiende una división de daños entre patrimoniales y extrapatrimoniales mientras que el sistema francés se refiere a daños materiales y morales. El sistema peruano se adhiere a dicha segunda postura en tanto que considera una clasificación de daños materiales y morales, pese a lo que el Código Civil se refiere expresamente a daños morales y solo implícitamente a daños materiales⁴⁰⁵.

En ese sentido, el daño puede entenderse como A) **daño material** — el cual comprende el daño emergente (pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito) y el lucro cesante (se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado, ya sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito), y el B) **daño moral**—el cual comprende tanto al daño moral (definido como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etcétera), como al daño a la persona (entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas)—⁴⁰⁶

2. LA REFERENCIA CONCEPTUAL DEL DAÑO MATERIAL (O PATRIMONIAL SEGÚN EL COMMON LAW) APLICABLE A LA PRÁCTICA JURISDICCIONAL EN EL PAIS

⁴⁰⁵ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.94

⁴⁰⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *ob. cit.*, pp. 92 y 93. Citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.* pág. 592

Respecto a este tipo de daño no surge mayor controversia, en tanto que, queda claro se lesionan derechos de carácter patrimonial.

Además, es clasificable en daño emergente y lucro cesante. En efecto, se tiene el que "En general, el daño resarcible comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.

El resarcimiento debe comprender tanto las pérdidas sufridas por el agraviado (daño emergente), así como la falta de ganancia (lucro cesante), en cuanto sean consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso"⁴⁰⁷. O en otras palabras "si el objeto del daño es un interés actual, o sea el interés relativo de un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene por daño emergente. Si el objeto del daño es un interés futuro, es decir el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una personas, se tiene por lucro cesante"⁴⁰⁸

3. EL DAÑO MORAL (O EXTRAPATRIMONIAL SEGÚN EL COMMON LAW)

Este tipo de daño, tal como lo expresa CAS. N° 31-96, ha sido regulado por el Código Civil de 1984:

Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

⁴⁰⁷ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.97

⁴⁰⁸ DE CULPIS, El Daño: "Teoría general de la responsabilidad civil", *cit.*, p. 311, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.97

Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Así, este daño, tal como lo señala Tomás Aladino Gálvez Villegas, en realidad, abarca a todos los tipos de daños no apreciables en dinero, como el sufrimiento, la afección, la pena o la afectación del sentimiento de la propia dignidad, y ciertos daños de los llamados contra la persona⁴⁰⁹, pese a lo cual el legislador peruano toma al daño a la persona como una categoría independiente.

4. LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA

Como lo expresa De Trazegnies Granda, en el mundo jurídico las categorías han de ser fundamentalmente operativas, por lo que han de justificarse en la medida en que establezcan distinciones entre derechos y obligaciones.

⁴⁰⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.95

Pese a lo cual, la categoría «daño a la persona» no parece conllevar derechos u obligaciones diferentes a las que usualmente se atribuía a la categoría «daño moral» (...) ⁴¹⁰.

Donde, la consecuencia de la informalidad legislativa que devino en la inclusión accidentada, del "daño a la persona" en el Código Civil peruano es que se tiene un sistema con tres tipos de daño: El de la cláusula normativa general (artículo 1969: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor"); el daño moral (artículo 1984: "El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia") y el daño a la persona (artículo 1985: "La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño") ⁴¹¹.

Deviene en necesario, consecuentemente, tenerse en claro cuál es la interpretación a darse al binomio daño moral – daño a la persona dentro del ordenamiento jurídico peruano, en el cual no existe un criterio uniforme que permita diferenciar una toma de posición de la judicatura al respecto. Así, si bien el Tercer Pleno Casatorio Civil, de

⁴¹⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, "LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL", cit., t. II, pág. 110. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 224

⁴¹¹ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 225

fecha quince de diciembre del año dos mil diez, se adhiere a la corriente que entiende al daño moral comprendido ya en el daño a la persona, al señalar que "(...) la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie⁴¹²", no se sustentó tal postura en ninguna argumentación técnica, por lo cual, a criterio personal, no constituiría ningún alcance esclarecedor de la disyuntiva en análisis.

En ese sentido, queda claro, la postura asumida va en tanto que se debe entender al daño a la persona ya contenido dentro de la noción de daño moral, para lo cual se debe partir de considerar el que el Perú se adhiere a la postura francesa que diferencia entre daños materiales y morales; esto es, si el ordenamiento jurídico peruano solo diferencia entre daños materiales y morales, definitivamente solo existiría la opción de que el daño a la persona este ya contenido en el "grupo daño moral".

Y es que "(...) hay que expresar que, históricamente, el daño moral ha abarcado siempre dos significados: "en *sentido estricto y propio*, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índoles moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos. Por donde es, v. gr., daño moral el

⁴¹² Cfr.: ESPINOZA ESPINOZA, Juan: "DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL", segunda edición actualizada y aumentada, Gaceta Jurídica S.A, Lima, Perú, 2003, p. 181, citado en TERCER PLENO CASATORIO CIVIL, LIMA-PERÚ, 15.12.10

rebajar la reputación personal; la falta de educación paternal a los hijos cuyos padres faltan; un padecimiento o aflicción causado a uno, obrando directamente contra él o contra otro, de un modo ilícito y contra derecho. En *sentido lato e impropio*, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no lo toque en su patrimonio ni lo disminuya.

Y así, es *daño moral* en este sentido, no sólo el que se ha indicado en estricto, sino el que recae en cosas materiales pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física. Las lesiones, heridas, contusiones, son daños morales, porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y de las aflicciones o padecimientos morales que además puedan sobrevenir, sea en la persona misma lesionada en su cuerpo, sea en otras personas que le conciernan"⁴¹³. Así, como se aprecia, tal concepción del daño moral comprende aquello que se ha identificado, previamente, como daño a la persona⁴¹⁴.

Asimismo, se tiene que "(...) al dedicarse una norma específica al daño moral uno podría pensar que se está admitiendo, a todas luces, que esta figura tiene características que imponen distinguirlo del daño

⁴¹³ Así se expresaba Carlo Francesco Gabba, "Risarcibilità dei danni morali", en *Quistioni di diritto civile, vol.II, Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1898, págs..225-2006. Aquí y en las citas siguientes se reproduce, con algunas integraciones, la traducción al castellano de Adolfo González Posada, "Indemnización de los daños morales", en Gabba, *Cuestiones prácticas de derecho civil moderno, vol. II, La España Moderna, Madrid, s.f., págs..241-242*. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 192

⁴¹⁴ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 193

común y corriente, es decir, del daño al que se hace referencia en nuestra cláusula normativa general.

Sin embargo, esta interpretación sería errada, porque el artículo 1984 no tiene ningún propósito clasificatorio, sino más bien práctico. Porque la diferenciación no se formula en términos categóricos (...). La única precisión que se hace en el artículo 1984 tiene que ver con criterios que deben ser observados por el juez al fijar el monto que recibirán los damnificados por concepto de daño moral. En la norma se impone al juez atender a la magnitud del daño y el menoscabo producido a la víctima o a la familia de ésta. El artículo 1984 no dice "también es resarcible el daño moral", ni tampoco que "el daño moral también debe ser indemnizado"⁴¹⁵.

Se ha tenido oportunidad de señalar también el que "(...) En principio, creo que es suficiente recordar la abrupta incorporación de esta expresión importada para descalificarla de elenco de las voces de un derecho de la responsabilidad civil que tenga como base el Código Civil peruano. (...) En perfecta coherencia con el estado de la cuestión durante el Código Civil de 1936, los magistrados de la Corte Suprema demuestran seguir razonando en función, exclusivamente, del daño moral. No tienen ningún problema en reconocer el daño a la persona, pero no es necesario nominarlo, porque puede asumirse, sin problemas, que las lesiones a la integridad psicofísica están incluidas en el daño moral, como en Francia y en la tradición del derecho civil peruano, o bien en la cláusula normativa general de la primera parte del artículo 1969, que no distingue entre tipos de daño. Esta forma de

⁴¹⁵ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 226

proceder es la típica, y sempiterna, sanción que se aplica a las normas privadas de lógica. Ignorarlas en la aplicación práctica es una forma legítima de descalificarlas. El mismo fenómeno se verifica respecto de la normativa del Código Procesal Civil (...) Pero si tenemos que convivir con la expresión, hay que entenderla, simplemente, como una reiteración, como un pleonasma, de la naturaleza resarcible del daño a la integridad psicofísica”⁴¹⁶.

Por ello, “por su parte, Leysser León de modo más categórico aún, señala que “[...] `daño a la persona´, reproducción literal de la *personal injury* del *common law*, representa un accidente en nuestra codificación civil. Un añadido que, sea si se lo entiende como `daño a los derechos de la personalidad´, sea si se lo entiende como `daño a la integridad psicosomática´ o `a la salud´ (a la manera italiana), tiene el demérito de reiterar un concepto ya comprendido en la idea de `daño moral´, conforme a la amplia visión de esta figura que impera en el ordenamiento jurídico de donde es originaria: el francés”⁴¹⁷ “

5. DE LA EVALUACIÓN DEL DAÑO PSICOLÓGICO

En cuanto a este daño, hay quienes plantean diferencias respecto del daño moral:

⁴¹⁶ LEÓN, Leysser: “LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS”, *ob. Cit.*, pág. 228

⁴¹⁷ LEON, Leysser: “LA RESPONSABILIDAD CIVIL. LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS”, *Jurista Editores, Lima, 2007, pp 24 y 25. Citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit.*, pág.172

Así, Carlos Alberto Gherzi, escribe: "Consideramos importante resaltar que para la distinción entre ambos daños debe atenderse al carácter patológico del daño psíquico.

Este último constituye una enfermedad y, por lo tanto, es diagnosticable por la ciencia médica. Ello no sucede con el daño moral. En este sentido, coincidiendo con Milmaniene en lo expresado, se inscribe el daño en el plano psicopatológico, debiéndose descartar valoraciones de tipo moral. No se trata de comprender ni de identificarse moralmente con alguien, sino que se impone arribar a un diagnóstico clínico preciso que arroje la medida de la significación simbólica de determinado trauma sobre un sujeto particular. El daño moral, en cambio, no necesariamente se expresa a través de síntomas o de cualquier otra alteración psicopatológica. La evaluación, entonces, no es clínicamente objetivable; por ello, el daño moral configura una categoría ajena al daño psicológico"⁴¹⁸.

Asimismo, continua el autor en base a CNCiv, Sala H, 17/02/05: "El daño psicológico debe diferenciarse del daño moral, debiendo indemnizarse por separado y con independencia de que se conceda una reparación por este último concepto, pues el daño moral sucede en la esfera de los sentimientos, en tanto el menoscabo psíquico, afecta el razonamiento. El daño psíquico tiene entidad autónoma, pues se refiere a la lesión en el funcionamiento del cerebro y que la

⁴¹⁸ *GHERZI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob.cit. pág. 232*

procedencia de la indemnización se refiere verificar cada caso en especial"⁴¹⁹

Por su parte, el profesor Leysser León, citando a Cendon en su obra *Appimti Sul Danno Pichico*, escribe el que "Es evidente -a juicio de Cendon- la necesidad para el estudioso de aclarar los aspectos válidos para distinguir el área del daño moral, respecto del área del daño psíquico. "La necesidad, para ser más exactos, de que este último se ubique esencialmente en el terreno de las «lesiones», es decir, de las patologías en sentido estricto.

No se trata de meras aflicciones genéricas, ni hay aquí pañuelos empapados de lágrimas, sino auténticos comprometimientos de la salud psíquica, determinados con carácter provisorio o definitivo para el afectado. Existen fracturas en sus códigos oficiales de comunicación. Modificaciones objetivas, aunque estrictamente personales, del ir ando fenoménico; trastorno de la razón, del intelecto o del carácter del individuo. Fenómenos «internos», susceptibles de repercutir progresivamente (he aquí el daño) en momentos de empeoramiento, sea en el terreno patrimonial, sea en el terreno biológico/ existencial, sea en el terreno moral/de sufrimiento, o sólo en algunos de estos, porque es raro que ninguno de los mismos se vea afectado; de todas formas, la repercusión es siempre distinta, según el caso y víctimas específicos"⁴²⁰.

⁴¹⁹ CNCiv, Sala H, 17/02/05, "Hoyos, Felipe G. c/Gómez, Carlos S. s/daños y perjuicios". Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob.cit. pág., 224

⁴²⁰ CENDON, "APPIMTI SUL DANNO PICHICO", cit., pág. 9. Citado por León, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 161

Pese a lo anotado, la legislación peruana no lo recoge específicamente, a pesar de lo cual, queda claro, se encuentra este subsumido dentro del daño moral.

6. DE LA EVALUACIÓN AL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

El maestro Fernández Sessarego, señala el que "Se dice que el "daño al proyecto de vida" sería el daño más profundo, más grave, que se puede causar al ser humano, entendido como ser que se proyecta permanentemente, para vivir, y como ser libre y temporal"⁴²¹.

Por su parte, dicho autor señala el que este tipo de daño fluiría de la argumentación judicial expresada en fallos recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José (Costa Rica), en causas resueltas entre los años 1998 y 2001⁴²².

Sin embargo, al respecto, Leysser León refuta aquello, en tanto que señala el que la referida Corte se limita al empleo de la distinción clásica francesa, es decir, entre daño material y daño inmaterial⁴²³, además de recurrir a principios de raíz francesa como lo son la "reparación íntegra del daño" (*réparation intégrale*) y la "pérdida de la posibilidad de obtener una utilidad en el futuro" (pérdida de la

⁴²¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, "DAÑO MORAL Y DAÑO AL PROYECTO DE VIDA", *cit.*, págs. 14 y sgtes., especialmente, pág. 16. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 290

⁴²² FERNÁNDEZ SESSAREGO, "DESLINDE CONCEPTUAL ENTRE «DAÑO A LA PERSONA», «DAÑO AL PROYECTO DE VIDA» Y «DAÑO MORAL»", *cit.*, págs. 58 y sgtes. Las sentencias citadas se pueden que consultar en <http://www.corteidh.or.cr>. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 291

⁴²³ LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS". *Ob. Cit.*, pág. 292

chance)⁴²⁴. Es decir, es el daño al proyecto de vida un concepto que aún se viene delimitando dentro de la doctrina, pero que en caso se configure en cualquier supuesto concreto la necesidad de recurrir a él, ha de resarcido en la idea de que se encuentra ya dentro del daño moral.

Finalmente, respecto de los daños a la persona, psíquico y al proyecto de vida (si bien los dos último no recogidos en la legislación peruana), se aprecia el que la interpretación a otorgarse debería ser en tanto los tres estarían comprendidos dentro del daño moral, aunque claro, el concepto daño a la persona no implicaría ninguna consecuencia práctica relevante.

En cuyo contexto Matilde Zavala de Gonzales señala "La preocupación por los daños a la persona ha generado una abundancia de rótulos, que molestan y dificultan la comprensión. Esta llamada "guerra de etiquetas" se parece a una torre de babel, donde todos aluden a las mismas cosas con palabras diferentes. Los juristas discutimos demasiado sobre terminologías, con olvido sobre los problemas prácticos que plantea. Importa la efectividad y no tanto como se logre, en el sentido que, cualquiera que sea la técnica elegida, deben satisfacerse las finalidades del derecho de daños: la indispensable y urgente prevención de los daños a las personas y que se confiera un resarcimiento justo. Los daños a las personas versan sobre los menoscabos que se infieren a su vida, integridad psicofísica,

⁴²⁴ LEÓN, Leysser., "CONSIDERACIONES SOBRE LOS DAÑOS POR HOMICIDIO DE UN SER QUERIDO Y LAS TÉCNICAS PARA SU RESARCIMIENTO", *cit.*, págs. xxiv y sgtes. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 292

intangibilidad espiritual y proyección social. Sin embargo, el daño resarcible no reside propiamente en esos menoscabos sino que versa sobre las concretas repercusiones, económicas, espirituales de dicho tipo de lesiones. Así pues, una lesión a la persona puede efectuarla económicamente (daño patrimonial) y una lesión a su patrimonio puede perjudicarla espiritualmente (daño moral)"⁴²⁵

7. LA EQUIDAD COMO CRITERIO A APLICARSE

Como se tiene claro, "El gran problema del daño (...) es el de su cuantificación, entendida en el sentido de "determinación de los criterios a través de los cuales se puede arribar a la individualización de la suma que se debe otorgar al damnificado a título de resarcimiento satisfactorio"⁴²⁶. Ante lo cual surge como primera premisa la equidad como criterio a aplicarse.

Y en específico, al referirse al daño moral (o léase extrapatrimonial), se tiene el que: "(...) constituye una afección del estado de ánimo, la cual se traduce en dolor y sufrimiento³³, y que, por ser inestimable, debe cuantificarse, inevitablemente, según criterios de equidad, para efectos de su compensación"⁴²⁷.

⁴²⁵ ZAVALA DE GONZALES, "RESARCIMIENTO DEL DAÑO", cit., p.p 142 y 143, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.110

⁴²⁶ ALPA, "LA RESPONSABILITA CIVILE", cit., pág. 376. Citado por LEON, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 162

⁴²⁷ En la sentencia n. 372 de 1994, citada retro, nota (27), la Corte Costituzionale italiana define el daño moral como "malestar de ánimo o estado de angustia transeúnte". Inaceptablemente, BUSTAMANTE ALSINA, op. cit., pág. 234, sostiene que el daño moral es la "lesión en los sentimientos, que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas, y en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria". La lesión no

En ese sentido, "Lo correcto es comunicar que en Italia, en palabras de Adriano de Cupis, se debe resarcir el daño que el Código italiano nomina "no-patrimonial", y que "(...) Al consistir el resarcimiento en la atribución al damnificado de una suma en dinero correspondiente a la medida, pecuniaria, del bien destruido o afectado, no se ve cómo puede determinarse aquella suma, cuando la medida pecuniaria de tal bien no admite expresión -lo cual se verifica, ni más ni menos, para los bienes interiores a la persona (integridad física, libertad, honor, etc.). Es cierto que el juez, con su valoración equitativa [...] arriba a la medida pecuniaria, incluso respecto de tales bienes; pero, entonces, es su arbitrio equitativo el que supera, por un fin superior

necesariamente tiene por objeto los sentimientos. Si una carta apreciada por mí es destruida dolosamente por otro, está afectando uno de mis bienes, pero la secuela -he aquí el punto- puede ser de índole anímico, y hacer procedente, en tal caso, una compensación por concepto de daño moral. ZANNONI, op. cit., pág. 287, incurre en la misma imprecisión, y afirma que el "daño o agravio moral" es el "menoscabo o lesión a intereses no-patrimoniales, provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico". En estas expresiones se echa de ver la pésima interpretación de la diferencia entre daño-evento y daño-consecuencia (y me arriesgo a identificarla como una interpretación nada feliz de las ideas de DE CUPIS). Tampoco a STIGLITZ y ECHEVESTI, op. loe. citt., les va mejor, y en su propuesta de definición de daño moral anotan: "toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra, configura un daño moral", con lo cual una figura como el daño psíquico, cuyo posible carácter concreto ("material", según la terminología francesa-argentina) ha quedado evidenciado en los citados estudios de CENDON, resulta una especie del daño moral. Destaca por su coherencia, en cambio, la exposición -siempre sobre la base del pensamiento de DE CUI'IS, aunque no lo señale- de Roberto A. VÁSQUEZ FERREYRA, Responsabilidad por daños (Elementos), Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 182, quien expresa que lo determinante para definir el daño, patrimonial o extrapatrimonial, es la naturaleza del interés. "[S]i se trata de un interés patrimonial, el daño es material. Si el interés es espiritual, el daño es moral. Adviértase que un bien patrimonial puede proporcionar o satisfacer intereses patrimoniales o extrapatri-moniales; por ello, la lesión a un mismo bien puede aparejar daño moral y patrimonial". Lo que DE CUPIS, voz "Danno (diritto vigente■)", en Enciclopedia del diritto, vol. XI, Giuffré, Milán, 1962, pág. 627, señala es que "el daño privado se definirá como patrimonial o no-patrimonial atendiendo a si tiene por objeto un interés privado patrimonial o no-patrimonial". Citado por LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 163

de justicia, el intrínseco obstáculo correspondiente a la naturaleza de los bienes, para efectos de brindar una reparación, la cual, más que un equivalente real del bien afectado, pretende ser una compensación genérica a la felicidad personal que ha resultado comprometida. El resarcimiento del daño no-patrimonial constituye, por lo tanto, una figura jurídica de índole especial: Y se explica, de igual forma, porque los compiladores del Código Civil decidieron circunscribirlo dentro de límites bien definidos, compatibles con su peculiar carácter"⁴²⁸.

Y aquí, incluso, se tiene que como lo señala De Ángel, "[...] la doctrina italiana en concreto, insiste en que en este caso no cabe hablar propiamente de indemnización sino de valoración equitativa, en atención al considerable grado de apreciación subjetiva que lleva consigo la sentencia"⁴²⁹. Tal como lo escribe el maestro Guido Alpa respecto del daño biológico, pero también aplicable al daño moral "La Corte no llega a establecer cuál debe ser, en la práctica judicial, la mejor técnica para resarcir el daño biológico: Como es sabido, la Casación, con la última sentencia de relieve N°1130 del 11.2.1985, ha optado por el método equitativo (...)"⁴³⁰

A nivel internacional, en efecto, la equidad es un criterio muy empleado, donde se ha escrito: "Luego se dice que "la jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación. *No obstante, por las*

⁴²⁸ DE CUPIS, *op. cit.*, pág. 55 (las cursivas son añadidas). LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", *ob. Cit.*, pág. 277

⁴²⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.180

⁴³⁰ ALPA, Guido: "RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES", *ob. Cit.*, pág. 571

graves circunstancias del presente caso, la intensidad de los sufrimientos que los hechos causaron a la víctima y a sus familiares, el cambio en las condiciones de existencia de la familia y las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario que sufrieron éstos, la Corte estima pertinente el pago de una compensación por concepto de daños inmateriales conforme a equidad.

En casos anteriores, este Tribunal ha señalado que cuando existe un reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado *no se requieren pruebas para demostrar el daño ocasionado*⁴³¹.

En el Perú, sin embargo, un caso emblemático del empleo de dicho criterio es el ya expuesto con anterioridad "Clímaco Basombrío", en el que se señaló: "Vigésimo: [...] En el caso de autos, si bien no existe un bien o un elemento capaz de resarcir el daño moral, ocasionado con los hechos a los familiares o herederos de la víctima, sin embargo, a título de compensación se les debe hacer entrega de una suma de dinero, el cual como fuente general del valor patrimonial operaría como una forma de "consuelo" por el sufrimiento o pesar que el daño moral significa en sí. Siendo el caso que, para la determinación del monto del dinero constitutivo del resarcimiento, el Colegiado no tiene otro criterio que recurrir a la equidad, dado el carácter subjetivo de este tipo de daños y su dificultad de probanza y medición dentro del proceso. Es así que, resulta equitativo amparar el

⁴³¹ *Las cursivas son añadidas. Un sector de la doctrina italiana considera que en la satisfacción monetaria por concepto de pretinm doloris, o danno morale soggettivo, se presenta un daño in re ipsa, es decir, que no necesita ser probado: FRANZONI, "// danno non patrimoniale, il danno morale: nna svolta per il danno alla persona", cit., pág. 1037. LEÓN, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 293*

resarcimiento del daño moral o subjetivo ocasionado a los familiares más cercanos de la agraviada Alexandra Brenes Hague, dada la conmoción y sufrimiento que significó para toda la familia la perpetración de los hechos, sobre todo, si se tiene en cuenta la forma y circunstancias horrendas que rodearon a la realización de los mismos.

Además, en la cuantificación del resarcimiento, también deben tomarse en cuenta los gastos de sepelio de la referida agraviada, los mismos que fueron asumidos íntegramente por los familiares titulares del derecho al resarcimiento en el presente caso. Vigésimo Segundo: En el caso de los daños ocasionados a la agraviada Ida Augusta Merino, más allá de los daños morales que significa para la agraviada el deterioro de su salud física y mental, deben tenerse en cuenta los gastos de su tratamiento, desde el momento de los hechos hasta su parcial recuperación al momento de esta sentencia.

Pero además, se debe considerar la entidad y magnitud de los daños que en el futuro, a lo largo de toda su vida, sobrellevará esta agraviada, en los mismos que deben apreciarse los gastos de su tratamiento perenne y las retribuciones necesarias para la persona que deberá encargarse de su cuidado y de movilizarla, dado el estado de dependencia en el cual ha quedado, como secuela de los hechos materia de autos. En este sentido el monto del resarcimiento debe ser mayor que el correspondiente a los familiares de la agraviada Brenes Hague, al tomarse en cuenta equitativamente los daños morales, pero sobre todo los daños materiales o patrimoniales que con simples operaciones aritméticas se pueden cuantificar. Vigésimo

tercero: En el caso de las lesiones ocasionadas a los agraviados Sebastián Brenes y Carlos Lescano, aun cuando no se ha determinado en el proceso, la magnitud de los daños, al haberse comprobado su existencia, corresponde ampararlos prudencialmente por parte del colegiado; debiendo tenerse en cuenta que se trata de lesiones simples y en el caso de Carlos Lescano de lesiones levísimas [...] FALLA: [...] FIJARON: En setenta mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de los herederos legales de Alexandra Brenes Hague; en la suma de cien mil nuevos soles el monto que deberá abonar el condenado a favor de Ida Augusta Merino Alburquerque; en tres mil nuevos soles la suma que por el mismo concepto deberá abonar a favor de Sebastián Brenes Hague; y, quinientos nuevos soles la suma que por reparación civil abonará el sentenciado a favor de Carlos Antonio Lescano Méndez"⁴³².

Así, como se ha detallado anteriormente, puede apreciarse el que el empleo del criterio de equidad utilizado, ha sido una buena herramienta para el juzgador, donde se han considerado ciertos indicadores como los son la forma y circunstancias horribles de la realización de los hechos, gastos de sepelio, gastos de tratamiento, entidad y magnitud de los daños que en el futuro, gastos de tratamiento perenne, el que se haya ocasionado lesiones simples, o lesiones levísimas.

⁴³² Exp. N.º 410-2002-Lima, 12-02-03. Segunda Sala Penal para Reos en Cárcel de Lima. Citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 608

Pese a ello, los montos a considerarse indemnizables, sin otro tipo de razonamiento esbozado, fueron disímiles (setenta mil nuevos soles; cien mil nuevos soles, en tres mil nuevos soles, quinientos nuevos soles), además de no haberse precisado con claridad cuáles son los daños indemnizables en cada caso en concreto, esto es, cuánto se le asigna a cada uno de los agraviados por lucro cesante, daño emergente, daño moral, pues por ejemplo, respecto a las lesiones ocasionadas a los agraviados Sebastián Brenes y Carlos Lescano, se señaló el que "(...) aun cuando no se ha determinado en el proceso, la magnitud de los daños, al haberse comprobado su existencia, corresponde ampararlos prudencialmente por parte del colegiado; debiendo tenerse en cuenta que se trata de lesiones simples y en el caso de Carlos Lescano de lesiones levísimas (...)", apartado en el que debió realizarse una mayor argumentación al respecto. Sin embargo, pese a las debilidades anotadas, la sentencia en análisis es un interesante intento de motivación por parte del juzgador, pues si se la valora comparativamente respecto de la calidad promedio de motivación empleada al sustentar la reparación civil proveniente del delito, es relativamente superior la calidad de la misma.

A pesar de aquello "(...) critican oportunamente el método seguido, o si se quiere avalado por la Corte Suprema, que reenvía por la determinación del dinero a los principios de equidad: Se trata de reenvío, por así decir, "en blanco", que arriesga alimentar las aún excesivas divergencias sobre técnicas liquidativas y que se presta, a menudo, a omisiones de motivación. Por otro lado, el método para la

liquidación del daño debe ser lógicamente motivado”⁴³³ Por ello, como se verá a continuación, no basta con que se emplee este método, sino que se requiere de demás criterios que permitan concretizar los carriles por los que ha de conducirse el referido método equitativo, además de contar con el respaldo de una debida motivación, los que impidan se desemboque en supuestos arbitrarios.

8. DE LA DETERMINACIÓN DE CRITERIOS DE APLICACIÓN

Como se viene señalando, “La valuación del daño moral no está sujeta a cánones estrictos, corresponde a los jueces establecer prudentemente el quantum indemnizatorio, tomando en cuenta, entre otras cosas, su función resarcitoria, el principio de reparación integral, la gravedad de la lesión espiritual sufrida y el hecho generador de la responsabilidad”⁴³⁴

Así, “El daño moral presenta el problema- derivado de su propia naturaleza-, de su valoración y cuantificación (...)”⁴³⁵ Asimismo, “Con respecto a este punto, Zannoni ha dicho que “cada juez, en el caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias del hecho, la situación existencial –individual y social- de la víctima o damnificado, etc., condena a la reparación equitativamente (lo que no debería significar arbitrariamente, o en ausencia de normas jurídicas, o basado en sus puros sentimientos, como erróneamente se cree). El juez debe procurar que la condena trascienda en una auténtica

⁴³³ ALPA, Guido: “RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES”, ob. Cit., pág. 577

⁴³⁴ AZPEITÍA, Gustavo Alberto: Ob.cit. pág.45

⁴³⁵ MARTIN RIOS, Pilar: Ob. Cit., pág. 49

justicia conmutativa. Tal el significado que debe darse al "prudente arbitrio judicial" que se reclama en la aplicación de las normas generales"⁴³⁶.

Y es que, como lo señala Guido Alpa, a diferencia del daño patrimonial, el daño no patrimonial no se puede medir en dinero, por lo que tampoco es suficiente un mero reenvío a la equidad judicial, que de por sí no puede decir nada⁴³⁷. Entonces, como se refirió, deviene en necesario, establecerse demás criterios a emplearse, y ya no a nivel doctrinario como suele existir, sino a nivel legislativo de manera tal que el juzgador se vea necesariamente vinculado a esta normativa, y así advierta con claridad cuáles son los criterios que debe emplear.

9. NUESTRA POSICIÓN SOBRE LAS ACCIONES A EJECUTARSE

1.- El primer criterio a emplearse ha de ser el de reparación integral, donde en palabras de Carlos Alberto Gherzi: "Con arreglo al principio de reparación integral contemplado por el art. 1083 del Cód. Civil y en concordancia con el art. 1069 del mismo cuerpo legal, el importe correspondiente al daño de índole moral debe determinarse por los mismos jueces que establecen el resarcimiento por daño

⁴³⁶ ZANNONI, "EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL", p.368. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob.cit., pág., 144

⁴³⁷ La decisión de un tribunal de mérito que se limitara a una genérica invocación de la equidad, sería censurable en sede de legitimidad (Corte de Casación Civil italiana: Sent. N°2396 del 6.4.1983, en "Giustizia Civile", 1984, I, 1, P.537) ALPA, Guido: "ESTUDIOS SOBRE LA REPARACIÓN CIVIL", ob. Cit., pág.313

material"⁴³⁸. Efectivamente, "(...) la Corte IDH se ha referido a la reparación integral, en sentido amplio o restituito in integrum, como todas aquellas medidas destinadas a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas y la indemnización. En este sentido, se trata de reparar por los daños: material, inmaterial, patrimonial familiar, (...) y de otorgar diferentes formas de reparación, (...) "⁴³⁹

2.- "La intensidad del sufrimiento en el ánimo de la víctima, que significa tener presente la duración del dolor, la edad y el sexo lesionado"⁴⁴⁰. Criterio clave, al igual que el siguiente, sobretudo en el caso de los delitos de violación a la libertad sexual, el cual puede ser advertido, al menos genéricamente, mediante pericias psicológicas, como precisará en el ítem DE LA PROBANZA DE LOS DAÑOS.

3.- "Ubicación de las lesiones; naturaleza del daño; gravedad de las lesiones; características de las lesiones; extensión del daño; riesgo vital; tratamiento médico; grado de incapacidad, y; posibilidades de recuperación de la víctima"⁴⁴¹. Lo que también ha de ser sustentado por pericias, como se detallará en el ítem siguiente.

4.- "El vínculo de parentesco o de convivencia"⁴⁴². Y esto pues, es mayor el daño moral ocasionado si el delito de violación a la libertad

⁴³⁸ SCBA, 15/5/90, DJBA, 139-7060. Citado por GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob.cit., pág., 143

⁴³⁹ [http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/la%20Haya/El%20principio%20de%20reparaci%C3%B3n...\(Vlex\).pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/la%20Haya/El%20principio%20de%20reparaci%C3%B3n...(Vlex).pdf), búsqueda del 25.01.17 8.18 p.m.

⁴⁴⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.352

⁴⁴¹ CASTILLO PINAUD, Claudia; PÉREZ RETAMAL, Doris: Ob. Cit., pág., 56

⁴⁴² CASTILLO ALVA, José: "PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA. UNA PRIMERA APROXIMACION", en *Dialogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, t.105 (con cita de ALPA, Nuevo Tratado de la

sexual fue practicado por un extraño, que, por ejemplo, un familiar cercano, pues se vería lesionado el vínculo de parentesco entre la víctima y el agresor, al disminuirse el grado de afecto entre la víctima y este.

Estos criterios, se propone, sean recogidos ya no a nivel doctrinario como suelen existir, sino a nivel legislativo de manera tal que el juzgador se vea necesariamente vinculado a esta normativa, y así advierta con claridad cuáles son los criterios que debe utilizar, además que si aparece en el caso específico otra circunstancia relevante, también ha de ser considerada, pero con el respaldo de una muy adecuada motivación, de modo tal que se impida la comisión de excesos por parte del juzgador.

Asimismo, **no deben considerarse como criterios** al efectuar el cálculo de la reparación civil:

1.- La condición económica del obligado, para lo que ha de partirse de la finalidad de la pena, así pues: "(...) Siendo el caso que, aun cuando se pueda decir que de nada sirve establecer un monto elevado, si realmente no se va a hacer efectivo, dada la insolvencia económica del obligado, este criterio resulta errado y no es fundamento para la determinación de la reparación civil, que como se ha visto obedece a los criterios contenidos en el Código Civil al respecto"⁴⁴³ En efecto, se ha escrito "Respecto a la reparación civil, es de puntualizar que la misma está en función del daño causado, sin

Responsabilidad Civil, cit. P.830) citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.350

⁴⁴³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 607

que en la concreción de su monto deba advertirse de las posibilidades económicas del responsable o su situación personal, en tanto que esta se orienta a reparar e indemnizar al agraviado por el daño generado por la conducta del responsable"⁴⁴⁴.

Tomás Aladino Gálvez Villegas, señala "Con este criterio obviamente coincidimos plenamente, (...), felicitamos a la Corte Suprema porque al fin ha resuelto conforme a la doctrina más autorizada. Este criterio es unánime en la vía civil, como puede verse de la Casación N.º 712-96. Lima, publicada en El Peruano el 03 enero de 1998, en la que con toda claridad la Corte Suprema estipula⁴⁴⁵: "El Código Civil vigente no ha considerado como un criterio para atenuar la responsabilidad del agente dañoso que se considere su situación económica. En este sentido, para determinar el monto de la indemnización el Juez solo debe atenerse a la prueba del daño y la magnitud de los perjuicios sufridos por la víctima"⁴⁴⁶.

Así, "La reparación civil implica el resarcimiento por los daños y la indemnización de perjuicios causados y está en función de las consecuencias directas y necesarias que el delito ha generado a la parte agraviada. Siendo así, el monto de la reparación civil deberá ser razonable y prudente, en la perspectiva cierta de cubrir los fines reparadores de dicha institución. El monto de la reparación civil no se

⁴⁴⁴ R.N. N.º 1475 - 2006-Callao. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. 13/03/2007. Citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 614

⁴⁴⁵ Léase establece.

⁴⁴⁶ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 614

fija en virtud a lo que percibe el sentenciado —su capacidad de pago—, sino esencialmente, a la naturaleza del daño causado”⁴⁴⁷.

2.- Por otro lado, es necesario señalar el que, así como no se debe considerar la condición económica del imputado, la confesión sincera tampoco ha de ser considerada al fijar la reparación civil. Ello de conformidad con el Acuerdo Plenario que a continuación se detallará, el que si bien se refiere a la reparación de un daño de carácter material, también sería aplicable en el supuesto de generación de daños morales. Señala dicho Acuerdo Plenario: “Que está fuera de toda discusión la culpabilidad del encausado en la comisión del hecho punible; que la impugnación se circunscribe el extremo de la determinación judicial de la pena de inhabilitación impuesta y el monto de la reparación civil; que la confesión sincera del citado encausado no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil —que no es una pena—, en tanto que está reservada, de ser el caso, para rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal; que la naturaleza de la acción civil ex delicto es distinta, pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan; que de autos se advierte que el encausado AC se apoderó de \$ 1,900 destinados a la compra de computadoras para un centro educativo, lo que generó perjuicio tanto a la propia institución académica cuanto a los educandos; que, siendo así, el monto fijado por el Tribunal sentenciador por concepto de reparación civil se encuentra arreglado

⁴⁴⁷ R. N. N.º 2777-2012-Huancavelica, 30-01-2013. Sala Penal Permanente. Citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 591

a ley”⁴⁴⁸ Asimismo, “Aun cuando en el caso concreto resulta totalmente correcta la aseveración referida a la nula incidencia de la confesión sincera en la reparación civil, en general es plenamente posible que la confesión sincera pudiese tener efectos en la aminoración de la magnitud del daño causado, tal sería el caso por ejemplo de un supuesto de desaparición forzada o de un delito de similar estructura, en que la confesión del agente tuviera como consecuencia la determinación del paradero de la víctima, lo que obviamente tendría incidencia tanto en la determinación del daño moral así como material, inclusive, tendría incidencia en la satisfacción del derecho a la verdad, lo cual también tiene repercusión directa en la magnitud del daño ocasionado y por tanto, en el monto de la reparación civil. En tal sentido, el contenido del presente Acuerdo Plenario, deberá ser complementado en casos como el señalado”⁴⁴⁹

3.- “La sensibilidad de la persona ofendida, teniendo en cuenta el nivel intelectual y moral de la víctima”⁴⁵⁰, o incluso su posición económica. En esa línea se ha escrito “Así, por ejemplo, en personas de menor grado de culturización (formal e informal), con deficiencias alimenticias (desde la calidad vitamínica) y de poca socialidad o de socialidad dispersa, la afectación por un daño psicológico tiene menos intensidad, por una doble razón. Por un lado, porque la base humana del daño resulta menos consciente al significado de este tipo de

⁴⁴⁸ Acuerdo Plenario N.º 1-2005/ESV.22. R. N. N.º 948-2005 Junín, f. j. n.º 3, 07/06/2005 (Ejecutoria que fija principios de obligatorio cumplimiento. Artículo 22 LOPJ). Citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 581

⁴⁴⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág. 582

⁴⁵⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.352

afectación y, en segundo lugar, porque ese ser humano le da menor trascendencia.

La necesidad de supervivencia le impide hacer consideraciones o apreciaciones más finas o sutiles, tiene un modelo de análisis más grueso, su libido está enfocado en cuestiones de mayor banalidad (sin que esto pretenda ser una crítica, sino simplemente una explicación de fenómenos que, por supuesto, tienen en el observador su carga ideológica de análisis)"⁴⁵¹. Como también: "En cambio, la clase media percibe estas situaciones con mayor sensibilidad (en el sentido de expresividad emotiva), por lo cual las incidencias son más intensas y duraderas. Hay en este soporte humano una mayor disposición porque existe una mejor situación respecto de la necesidad de supervivencia, y esa distensión hace colocar la libido en situaciones más finas o sutiles de la vida (transferencia de los valores de la supervivencia a la calidad de vida)"⁴⁵².

E incluso se ha llegado a señalar que "Los medios económicos, sociales y culturales juegan de distinta forma y sus consecuencias no son o no pueden ser dejadas de lado en estos análisis, por más que resulten inequitativas. Sería como cerrar los ojos o enterrar la cabeza, como el avestruz; no considerar estas realidades como variables fenomenológicas, al estilo hegeliano, sería distorsionar arbitrariamente la realidad"⁴⁵³. Todo lo que además hasta ha sido

⁴⁵¹ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 282

⁴⁵² GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 283

⁴⁵³ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 283

recogido por la jurisprudencia, en la cual se ha señalado "Para fijar la indemnización por valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular, tanto en relación con la víctima (edad, grado de parentesco, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, etc.) como con los damnificados (grado de parentesco, edad de los hijos, educación, etc.) (CSJN, 11/5/93, "Fernández, Alba O. c/Ballejo, Julio A., y otra", LL, 1993-E-472⁴⁵⁴)"⁴⁵⁵.

Criterios que de por sí resultan contradictorios con nuestro ordenamiento jurídico puesto que la Constitución Política del Perú regula el derecho a que nadie deba "(...) ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Además de lo contenido en el artículo 103 del mismo cuerpo normativo, donde se señala: "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas (...)" Y es que ello resultaría discriminatorio por cuanto independientemente del nivel intelectual, moral o económico de la víctima, en todos los supuestos se está ante una **persona**, cuyo defensa y respeto de su dignidad son "(...) el fin supremo de la sociedad y del Estado"⁴⁵⁶. Además, el considerarse estos criterios incrementaría el margen discrecional del juzgador, pues tendría que merituar en cada caso concreto el "nivel" de cada persona en tanto lo moral, intelectual y económico, aspectos, por demás, sumamente subjetivos. Y así, por ejemplo en caso de la

⁴⁵⁴ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 301

⁴⁵⁵ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", ob. Cit. pág., 301

⁴⁵⁶ Artículo primero de la Constitución Política del Perú.

violación sexual de una humilde joven de diecisiete años de edad, iletrada, y a la vez el mismo hecho de violación sexual a una señorita estudiante de medicina humana de la misma edad, no sería justificada una diferenciación de montos por la sola diferencia del "nivel de cultura".

10. DE LA PROBANZA DE LOS DAÑOS

Como se viene sosteniendo, a efectos de mejorar la calidad de la motivación de la reparación civil, devendría en necesario determinarse con claridad cuáles son los daños indemnizables, contarse con la equidad como criterio a eje, además de otros criterios específicos de aplicación, pero es necesario también el que estos criterios cuenten con un mínimo sustento probatorio, pues si bien son daños de difícil cuantificación no por ello han de excluirse toda posibilidad de probanza como se procede a analizar a continuación.

A) Respecto a la valuación del daño material o patrimonial se tiene el que "En el proceso judicial u otro tipo de procesos tendente a la determinación de la magnitud del daño y consecuentemente a su resarcimiento, deberá acreditarse la existencia de todos los daños integrantes del resarcimiento, mediante la prueba correspondiente, a la vez que deberán practicarse la respectiva valuación o valorización así como la liquidación correspondiente; las mismas que deberán determinarse en el proceso a través de la prueba y mecanismos de liquidación pertinente. También la determinación del daño y del resarcimiento, podrán realizarse extraprocesalmente; debiendo en este caso, haber sido aceptadas su valorización y liquidación dentro

del proceso. La valorización y liquidación de los daños materiales o patrimoniales, se determinaran objetivamente, mediante la pericia valorativa de determinación correspondiente. Hablamos de determinación objetiva, refiriéndonos al valor que tienen los bienes u objetos para todas las personas en general y no únicamente para el titular del bien o derecho afectado, pues todo bien u objeto habitualmente tiene un valor para el público y otro para su titular, normalmente el segundo mayor que el primero. (...) para aspirar a la reparación de este tipo de daños, se tendrá que probar su existencia, determinar su entidad y practicar su liquidación de manera objetiva, no resultando de aplicación criterios aproximativos o discrecionales, sean del juez o de quienes pretenden el resarcimiento”⁴⁵⁷.

Así, por ejemplo, como lo señala Ana, Ochoa Casteleiro, al referirse al caso español, los informes periciales médicos, al incorporarse como un presupuesto legal de la determinación indemnizatoria, no alteran la regla de valoración en sana crítica, puesto que, precisadas las lesiones por el médico o médicos habrá de escoger el juzgador el que ofrezca mayor veracidad, objetiva y subjetiva. No se puede prescindir del dictamen médico para fijar la cuantía de la indemnización⁴⁵⁸.

B) La mayor polémica se presenta respecto al daño moral, donde se sostiene, ha de contarse por una pericia psicológica obligatoria, bien si es perseguido por el fiscal o por la parte misma. Aquí no se discute si existe o no este daño, porque es evidente que en un delito de violación sexual siempre concurrirá este, sino que se pretende mediante una pericia, determinar la profundidad de tal daño, y esto

⁴⁵⁷ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.177

⁴⁵⁸ OCHOA CASTELEIRO, Ana: *Ob. Cit.*, pág.6

pues, se ha escrito "En este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente. El daño moral, además –dice la STS 22.7.2002-, no deriva de la prueba de lesiones materiales, como parece sostenerlo la defensa al considerar que no está probado en el proceso, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima"⁴⁵⁹.

En efecto: "El daño moral no requiere prueba, se acredita por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del derecho del accionante –prueba *in re ipsa*-, (...)"⁴⁶⁰ Sin embargo, la pericia obligatoria que se propone va en tanto sirva de instrumento que permita al juzgador merituar el caso concreto y así puede efectuar una cuantificación más próxima. Un ejemplo sería el que: "Es cierto que este trauma psicológico no aparece recogido en el relato de hechos probados, pero también lo es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, y resulta evidente que una violación cometida por un amigo con quien había mantenido una relación durante tres años produce, sin duda un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad"⁴⁶¹ Además de lo reseñado en el mismo caso, donde: "Tercero. En el caso presente la

⁴⁵⁹ MARTIN RIOS, Pilar: *Ob. Cit.*, pág. 276

⁴⁶⁰ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", *ob. Cit.*, pág., 307

⁴⁶¹ MARTIN RIOS, Pilar: *Ob. Cit.*, pág. 276

indemnización es congruente y coincidente con la postulada por el Ministerio Fiscal y se justifica en el Fundamento de Derecho sexto, aludiendo a la asistencia psicológica que requirió como consecuencia de los hechos “según sus propias manifestaciones y la de sus amigas”, existiendo otra prueba que corrobora ese extremo en concreto el informe forense, ratificado en el juicio oral, en el que consta que “en la actualidad persiste sintomatología compatible con un trastorno por estrés postraumático”⁴⁶².

Es menester también precisarse cuáles son las manifestaciones externas del daño moral, esto es cuáles son sus signos y síntomas. Así, se tiene el que “En cuanto al daño moral para la damnificada, la experta señala que las angustias se reflejan en su carácter: Introversión, hostilidad reprimida y vuelta hacia adentro, gran monto de ansiedad encubierta, mal manejo de sí misma, características de rigidez, retraimiento, inhibición de la espontaneidad, incertidumbre, búsqueda de seguridad, intensos rasgos de represión, incapacidad para mantener adecuadas posiciones (CNCiv, Sala L, "Pastrana, Alejandra L. c/Obra Social del Personal-Edificios de Renta y Horizontal", LL, 2005-A-317)”⁴⁶³. Asimismo, se tiene el que “Removiendo falsos mitos sobre el carácter resarcible del daño psíquico, Cendon explica que las perturbaciones mentales no suelen presentarse como situaciones imperceptibles, sino que pertenecerían, por el contrario, al área de los malestares humanos más ricos de síntomas, y más fáciles de advertir desde el exterior. Hace un llamado a los jueces, así mismo, para que estos descrean de las supuestas

⁴⁶² MARTIN RIOS, Pilar: *Ob. Cit.*, pág. 276

⁴⁶³ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", *ob. Cit.* pág., 308

exageraciones y comedias fraudulentas de los demandantes, que pueden presentarse en estos casos, porque "la historia de este sector de hechos ilícitos (a juzgar de la experiencia en ordenamientos donde se ha desarrollado con mayor amplitud, es decir, los países del *common law* o Alemania), demuestran que los órganos judiciales están en perfecta condición, por lo general, para desenmascarar toda simulación de los actores; por si no bastara, la creciente precisión del *know how* psiquiátrico, cada vez más objetivado y globalizado, está también la fuerza del bagaje de sapiencia de los médicos legales, y de los especialistas en psicopatología forense"⁴⁶⁴.

Por ejemplo, específicamente respecto del daño psicológico, englobado en el daño moral, existen elevadas posibilidades que concurren en los delitos de violación sexual, donde: "DAÑO PSICOLÓGICO REVERSIBLE. La intensidad dependerá, como señalamos, del grado y la intensidad de la lesión -que será determinado por la pertinencia del peritaje-, lo cual implica considerar las siguientes variables: El tipo de terapéutica a emprenderse conforme al diagnóstico (p.ej., psicofarmacológica, biológica, neurológica, costo de medicamentos y equipo especial o profesionales); el lapso de prolongación del tratamiento que resultará también del grado de afectación y su intensidad (determinada cantidad de sesiones, internación, etc.); el especialista que se encargará de realizarla o de dirigir el equipo (p.ej., más leves, psicólogo; más graves y profundas, médicos psiquiatras), pues esto varía el costo de los honorarios, etcétera. La jurisprudencia ha

⁴⁶⁴ CENDON, "APPUNTI SUL DANNO PSICHICO", cit., págs. 13-14. Citado por LEON, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 162

aceptado la posibilidad de distinguir entre daño reversible o atenuante del impacto, e irreversible, estableciendo para el primero un restablecimiento por científico terapia: "El daño psicológico como factores desencadenantes, que descompensan a la persona y cuya sintomatología cede con la psicoterapia. El experto dictaminó sobre la existencia de incapacidad del 14% parcial y permanente, debiendo remarcar que la psicoterapia aconsejada tiende a evitar agravación o cronificación del cuadro provocado por el accidente, sin dejar de buscar el total restablecimiento, como, situación diferente. La primera cuantificación por cantidad de sesiones, por el valor económico de las mismas y el segundo, con una suma global para su recuperación o como daño irrecuperable"⁴⁶⁵. Sin embargo, también puede darse el caso de estarse ante un daño irrecuperable, esto es, un daño psicológico irreversible, el cual "Se trata de aquella situación que permanece como daño irrecuperable por métodos científicos conocidos y aceptados por la medicina. Corresponde establecer el grado de ineptitud que implica y su impacto o consecuencias en los planos individual, familiar, social y económico-laboral"⁴⁶⁶

C) Además, cualquier otro daño también debe ser preferentemente sustentado, así se tiene el que "la afectación de la integridad física implica que el damnificado tiene que hacer frente a gastos en atención médica, medicina, etc.; además que de la afectación de la capacidad productiva o laboral del damnificado, necesariamente tendrá un contenido económico; lo que sí tendrá un contenido moral o

⁴⁶⁵ CNCiv, Sala J, 24/5/05, "Arrua, Francisco c/Ovaldini, Salvador s/daños y perjuicios", inédito. GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLOGICO", ob. Cit., pág., 289.

⁴⁶⁶ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONOMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLOGICO", ob. Cit., pág., 288

extrapatrimonial, es el sufrimiento por frustración de una expectativa de vida o modo de vida"⁴⁶⁷.

Así, como señala Guido Alpa, en la práctica para la liquidación se confía al médico legal la tarea de verificar: a) El tipo de lesiones sufridas; b) la duración de la invalidez temporal (como imposibilidad de llevar a cabo las ocupaciones ordinarias); c) la entidad de invalidez permanente, esto es, de aquellas disminuciones que hayan determinado un efectivo daño funcional y una reducción de la eficiencia psicofísica; d) si tal invalidez ha influenciado o pueda influenciar sobre la actividad laboral desarrollada por el dañado, y esto, con el fin de poder resarcir, en caso que sea rigurosamente probado, la efectiva falta de beneficio sufrida a consecuencia de la lesión⁴⁶⁸.

Asimismo, como precisa Carlos Alberto Gherzi, se ha de meritarse también una recopilación histórico-económica de gastos ya realizados y proyectarlos según el tiempo de duración, y el segundo el que consiste en establecer un modelo cuántico-financiero probable -con ajuste posterior a gastos reales- y proyectarlo⁴⁶⁹.

En síntesis, de todo lo sustentado en este acápite se debe señalar el que, como sostiene Leysser León, si bien nadie "ve" los daños, existen sí huellas que permiten deducirlos, pero que no comprometen la naturaleza abstracta de los daños. Una cosa que no

⁴⁶⁷ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág.177

⁴⁶⁸ ALPA, GUIDO: "RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES", *ob. Cit.*, pág. 566

⁴⁶⁹ GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", *ob. Cit.* pág., 289

ocupa más el espacio que tenía precedentemente, por ejemplo, o una persona que fallece en un accidente de tránsito, o un objeto deteriorado que deja de funcionar, o que no sirve como antes, y no que reporta la misma utilidad acostumbrada, o las lesiones físicas, verificables mediante un examen médico, de las víctimas de la caída de un edificio viejo.

En realidad, estos no son los daños que el derecho contrarresta, sino sus indicios. En el último de los casos enunciados, los daños tienen que ver, no con las lesiones, sino, nítidamente, con las cuentas de los hospitales (en un detrimento patrimonial, a la larga), y en el jornal que los afectados dejan de percibir a causa del infortunio, si se vieran forzados a inasistir, por algún tiempo, a sus centros de trabajo⁴⁷⁰.

Conjunto de esfuerzos que finalmente, si bien no se ha de llegar a cuantificar exactamente el daño producido, sí permite aproximarse a este al menos someramente, pues, como señala Espinoza Espinoza "[...] por la especial naturaleza del daño subjetivo⁴⁷¹, cual es la de ser inapreciable en dinero, no podemos negar su reparación, por cuanto ello es mucho más injusto que dar una indemnización, al menos aproximativa o simbólica, al sujeto dañado"⁴⁷².

⁴⁷⁰ LEON, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", ob. Cit., pág. 106

⁴⁷¹ Este autor se refiere a daños subjetivos y no propiamente a daños morales o extrapatrimoniales

⁴⁷² ESPINOZA ESPINOZA, "SOBRE LA NECESIDAD DE ESTABLECER CRITERIOS APROPIADOS PARA CUANTIFICAR LA REPARACIÓN DEL DAÑO SUBJETIVO", p.22, citado por GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Ob. Cit., pág.179

11. DE LA NECESIDAD DE RESOLVER UN EXPEDIENTE SOBRE UN CASO DE VIOLACIÓN SEXUAL CON UNA ADECUADA MOTIVACION

En ese sentido, "En la Cas. N° 2159-2009, en donde se debatía la indemnización que podía recibir una persona jurídica ante la alegación del daño moral sufrido, se destacó el rol de la motivación de las resoluciones judiciales en la determinación de la cuantía del daño moral, en los siguientes términos, "(...) el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta prima facie siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no se limita a la sola mención de las normas aplicables al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que significa la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión" (el subrayado es agregado). La consecuencia de lo apenas destacado es dramática: el ámbito discrecional con el que cuenta el magistrado al momento de cuantificar el daño moral se convierte en arbitrariedad dada la nula fundamentación objetiva realizada en los casos sometidos a su juicio, sin que se permita al justiciable el

reconocer las razones de la cuantía establecida, convirtiéndose cada litigio en una oportunidad perdida para esclarecer este tema”⁴⁷³.

En esa línea, se proponen como estándares mínimos de la motivación de una sentencia, lo señalado principalmente por Ignacio Colomer:

“Racionalidad.- Aquí, Colomer⁴⁷⁴ evalúa si la justificación es fundada en Derecho, tanto sobre los hechos del juicio (selección de hechos probados, valoración de las pruebas, método de libre apreciación) como del derecho aplicado. Sobre este segundo aspecto, se precisa los siguientes sub requisitos: Primero, que la decisión sea fruto de una aplicación racional del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico; es decir, **evaluar que la norma seleccionada sea vigente, válida y adecuada a las circunstancias del caso**; que tal norma haya sido correctamente aplicada y que la interpretación que se le haya otorgado sea válida (adecuada utilización de los criterios hermenéuticos, interpretación judicial y principio de legalidad). En segundo lugar, se analiza que **la motivación respete los derechos fundamentales** (aquí, será relevante la interpretación realizada tanto el TC como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y toda aquella interpretación que se siga de los principios especiales que asisten a este tipo de derechos, como el de desarrollo progresivo, y el motivación cualitativa

⁴⁷³ <file:///C:/Users/usuario/Downloads/13105-52184-1-PB.pdf>, búsqueda del 17.01.17, 10.38 a.m.

⁴⁷⁴ COLOMER, Ignacio. «LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS. SUS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.” Tirant Lo Blanch, Valencia. 2003. Pág. 241., “LAS PAUTAS PARA FIJAR LAS INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTES DEL TRABAJO FUNDADOS EN EL DERECHO CIVIL”, citado por <http://derecho.acotaciones.blogspot.pe/2012/08/obligacion-de-motivar-las-sentencias.html>, búsqueda del 15.01.17, 7.16. p.m.

en casos de restricción, por ejemplo. En tercer lugar, está la **adecuada conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión**".

"Coherencia.- Es un presupuesto de la motivación que va de la mano y en conexión inescindible con la racionalidad. Ahora bien, la coherencia en un sentido interno de la motivación se refiere a la necesaria coherencia que debe existir en la justificación del fallo, y en un sentido externo, la coherencia debe entenderse como la logicidad entre motivación y fallo, y entre la motivación y otras resoluciones ajenas a la propia sentencia. En relación a la coherencia interna, podemos señalar que la misma se hace patente cuando establece exigencias de coherencia lingüística - prohibición de errores gramaticales, errores de ortografía, errores sintácticos que presenten tal grado de incoherencia que impiden la adecuada comprensión para el auditorio técnico y general-. También la coherencia interna se traduce en la exigibilidad de que la justificación de la sentencia tenga coherencia argumentativa. Por lo tanto, se prohíbe la existencia de:

A. contradicciones entre los hechos probados dentro de una misma motivación de una sentencia;

B. contradicciones entre los fundamentos jurídicos de una sentencia, es decir, que no haya incompatibilidad entre los razonamientos jurídicos de una resolución que impidan a las partes determinar las razones que fundamentan la decisión ;

C. contradicciones internas entre los hechos probados y los fundamentos jurídicos de una sentencia.

En relación a la coherencia externa de la motivación la sentencia, esta exige que en el fallo:

A. No exista falta de justificación de un elemento del fallo adoptado,

B. Que la justificación tenga en cuenta únicamente todos los fallos del caso y no incluya alguno ajeno al mismo,

C. Que la motivación esté conectada plenamente con el fallo, con lo cual se prohíbe que haya una motivación ajena al contenido del fallo,

D. que las conclusiones de la motivación no sean opuestas a los puntos de decisión de la sentencia”.

Asimismo, la coherencia externa supone que el juez se encuentra vinculado por sus decisiones previas en casos análogos. Esto, se sustenta en la vocación de “universalización” en la adopción de una sentencia, que luego condicionará al juez para la solución de casos similares posteriores. Esto busca asegurar que el juez optó por la decisión correcta o que más se adecua al derecho, la cual será luego universalizable.

Razonabilidad.- La exigencia de razonabilidad se predica respecto de todas las resoluciones judiciales. Al respecto, que pueden haber decisiones racionales y coherentes pero que las mismas puedan ser irrazonables. La razonabilidad según este autor tiene que ver con

la aceptabilidad de la decisión por el común de las personas y el auditorio técnico. (...)”⁴⁷⁵.

También sería exigible:

➤ “Motivación Clara. La motivación clara puede establecerse como imperativo procesal en la medida que las partes son los destinatarios directos de la resolución de un conflicto ante el Poder Judicial. Y es que como bien señalan Castillo Alva y otros, la exigencia de motivar las resoluciones deviene del principio de impugnación, lo que supone que sea indispensable que las partes conozcan que es lo que se va a impugnar, pues de otra forma el derecho a la defensa de las mismas se vería restringido de modo irrazonable.

➤ La motivación debe respetar las máximas de la experiencia. Las máximas de la experiencia se constituyen a partir de las reglas de la vida, las vivencias personales o transmitidas, el sentido común. Todos estos son elementos que los magistrados deben tomar en cuenta al momento de la elaboración de las premisas que lo llevaran a una determinada conclusión. Y es que de lo contrario, existiría un grave defecto de o vicio en la motivación. Ahora bien, debemos tener en cuenta que las máximas de la experiencia son elementos abstractos que se obtienen a partir de elementos constantes en

⁴⁷⁵ http://derecho_acotaciones.blogspot.pe/2012/08/obligacion-de-motivar-las-sentencias.html, búsqueda del 15.01.17, 7.16. p.m.

hechos o experiencias anteriores. El alcance de la máxima de la experiencia dependerá de los medios fácticos que se analizan, también se presentan en los hechos que representan experiencias anteriores para el juzgador.

➤ La motivación debe respetar los principios lógicos. En efecto, las resoluciones deben respetar el principio de “no contradicción” por el cual se encuentra prohibida la afirmación y negación, a la vez, de un hecho, de un fundamento jurídico, etc. Igualmente, se debe respetar el principio de “tercio excluido” que señala que “entre dos cosas contradictorias no cabe término medio, es decir, si reconocemos que una proposición es verdadera, la negación de dicha proposición es falsa, en ese sentido, no caben términos medios. De otro lado, se debe respetar el principio de “identidad” cuyo contenido supone que si atribuimos a un concepto determinado contenido, el mismo no debe variar durante el proceso del razonamiento”⁴⁷⁶

Todas estas exigencias podrían resumirse en:

1.- Racionalidad.- Justificación fundada en Derecho

✚ Hechos

✚ Derecho

A) **norma vigente, válida y adecuada al caso;**
correctamente aplicada e interpretada

⁴⁷⁶ <http://derecho.acotaciones.blogspot.pe/2012/08/obligacion-de-motivar-las-sentencias.html>, búsqueda del 15.01.17, 10.47 p.m.

- B) **la motivación respete los derechos fundamentales**
- C) **adecuada conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión**

2.- Coherencia.-

✚ Sentido interno

- A) coherencia lingüística
- B) prohibición de errores gramaticales
- C) prohibición de errores de ortografía
- D) errores sintácticos

ADEMÁS SE PROHIBE:

- A. contradicciones entre los hechos probados dentro de una misma motivación de una sentencia;
- B. contradicciones entre los fundamentos jurídicos de una sentencia, es decir, que no haya incompatibilidad entre los razonamientos jurídicos de una resolución que impidan a las partes determinar las razones que fundamentan la decisión ;
- C. contradicciones internas entre los hechos probados y los fundamentos jurídicos de una sentencia

✚ Sentido externo:

- A) Lógica entre motivación y fallo
- B) Lógica entre motivación y otras resoluciones

ADEMÁS SE PROHIBE:

- A. No exista falta de justificación de un elemento del fallo adoptado,

- B. Que la justificación tenga en cuenta únicamente todos los fallos del caso y no incluya alguno ajeno al mismo,
- C. Que la motivación esté conectada plenamente con el fallo, con lo cual se prohíbe que haya una motivación ajena al contenido del fallo,
- D. que las conclusiones de la motivación no sean opuestas a los puntos de decisión de la sentencia.

3.- Razonabilidad.- aceptabilidad de la decisión por el común de las personas y el auditorio técnico

También sería exigible:

- Motivación Clara. Debe contener en efecto un lenguaje sencillo y directo
- La motivación debe respetar las máximas de la experiencia. son elementos abstractos que se obtienen a partir de elementos constantes en hechos o experiencias anteriores.
- La motivación debe respetar los principios lógicos.
 - ✓ Principio de "no contradicción". Prohíbe la afirmación y negación, a la vez, de un hecho, de un fundamento jurídico, etc.
 - ✓ Principio de "tercio excluido". Entre dos cosas contradictorias no cabe término medio, es decir, si reconocemos que una proposición es verdadera, la negación de dicha proposición es falsa, en ese sentido, no caben términos medios.
 - ✓ Principio de "identidad". Cuyo contenido supone que si atribuimos a un concepto determinado contenido, el mismo no debe variar durante el proceso del razonamiento.

Y todo ello se exige en la medida de que la motivación, y sobre todo en el caso de los daños inmateriales, debe ser clara y precisa, pues "*Nihil est sine ratione cur potius sit, quam non sit*": Nada existe sin una razón de ser (...)"⁴⁷⁷.

12. SOBRE LA PUBLICACION DE CÁLCULOS DE INDEMNIZACIONES

Así, a efectos de que el juzgador cuente con pisos respecto a los cuales fijar los montos indemnizatorios, se considera el que vendría conveniente, empleándose los adelantos de la informática, el que todo juzgador cuente con una base de datos en las que registre tanto los daños indemnizados (ha de señalarse los criterios más relevantes del caso concreto) como los montos concedidos por reparación civil.

Dicha base de datos sería de obligatorio empleo por parte de los juzgadores, donde, al emitir cada sentencia ha de registrar en este sistema tanto: Número de expediente, clase de delito, daños indemnizados, criterios empleados, y sobre todo, el monto de reparación impuesto. Sistema que ha de ser objeto de constante monitoreo por parte del ente encargado, el cual, debería ser el mismo Poder Judicial, el que de aplicarse, encontraría en un comienzo contratiempos, pero que con los ajustes que se requieran puede llegar a ser un gran instrumento a favor de la administración de justicia.

⁴⁷⁷ <http://derecho-acotaciones.blogspot.pe/2012/08/obligacion-de-motivar-las-sentencias.html>, búsqueda del 15.01.17, 12.54 p.m.

En efecto, esta propuesta ayudaría en primer lugar al juzgador contar con un registro propio de sus criterios, pues así, al ingresar los supuestos de un nuevo caso, podría conocer el monto que concedió en uno anterior, o, en todo caso, en un proceso similar en base al que pueda adaptar el nuevo caso con las diferenciaciones necesarias.

Asimismo, al cabo de un tiempo promedio, incluso podría llegarse a consensos generales respecto a dichos montos, los que podría tomar como referencia el juzgador al establecer los montos de reparación, ya no solo respecto de montos ordenados por él mismo en casos anteriores, sino que también tendría como referencia cuales son los promedios generales que se suelen otorgar por tal o cual concepto dentro de su distrito judicial.

Además de ello, las partes mismas, al tener acceso a ese sistema, se verían beneficiadas en tanto que tendrían una noción de qué tipo de daños demandar, y a cuanto debería ascender sus petitorios; asimismo, conocerían con claridad cuánto ha concedido anteriormente el juzgador por un caso anterior similar, o cuánto ordenan los jueces por casos semejantes.

Y es que solo a través este sistema podrá estudiarse de manera estadística y exacta cómo es que los juzgadores efectivizan a la reparación civil, y así, no solo uniformar criterios sino incluso mejorar el contenido de estos. En síntesis, de la práctica misma se busca llegar a uniformizar los montos a concederse por reparación civil, lo que, se pretende se logre con el transcurso del tiempo. Así, en la experiencia del Common Law, se tiene el que los jueces han formado

un derecho a lo largo del tiempo y del espacio, desde 1215 con la Carta Magna de Juan Sin Tierra, con todos los inconvenientes que ello haya podido ocasionar en algún momento, pero que ha llevado a que en la actualidad cuenten con un sistema más ordenado, predecible y sólido que el Civil Law, por lo que los mismos juzgadores se ven vinculados por una jurisprudencia formada desde hace mucho tiempo atrás.

13. CAPACITACION A JUECES Y FISCALES

Por otro lado, como lo ha puesto de manifiesto el profesor Monroy Gálvez, dada la dimensión que adquiere en el actual contexto la tutela judicial efectiva, el mandato de motivación no hay que asumirlo como una obligación privativa del juez, sino que se trata aquí de una obligación de lealtad y de colaboración de las partes con el desarrollo de la función jurisdiccional que cumple tal administrador de derecho, toda vez que también *"las partes deberán sustentar todas las peticiones que formulen, o todas las absoluciones que realicen a los planteamientos de la otra parte"*⁴⁷⁸, a efectos de que el juez pueda cumplir a cabalidad el mandato de la motivación suficiente, respondiendo a las cuestiones propuestas y sin incurrir en motivaciones aparentes o impertinentes a las pretensiones planteadas por las partes.

Así, efectivamente, se ha establecido el que "para poder constituirse en actor civil (...) deben reunirse los requisitos puntualizados en el artículo 100 del Código Procesal Penal (...): La solicitud de constitución

⁴⁷⁸ MONROY GALVEZ, Juan: "INTRODUCCIÓN AL PROCESO CIVIL", Themis, Bogotá 1996, p 86

en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria.

Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad: a) Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal; b) La indicación del nombre del imputado y, en su caso, el tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder; c) El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y d) La prueba documental que acredita su derecho conforme al artículo 98. Como se advierte (...), si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado —que ejerce su derecho de acción civil— precise específicamente el quantum indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial pues con el transcurrir del tiempo la práctica tribunalicia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal⁴⁷⁹. Es decir, la ley también obliga a que quien se constituya en actor civil precise específicamente el quantum indemnizatorio que pretende: Individualice el tipo y alcance de los daños y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Premisa que se sostiene ha de ser exigida también en la

⁴⁷⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Ob. Cit.*, pág. 586

práctica misma, pues, por lo general se efectúan requerimientos genéricos, donde las partes han de sustentar probatoriamente, en la medida de lo posible, sus requerimientos, como se ha tenido oportunidad de precisar anteriormente.

Sin embargo, ¿qué ocurre cuando no hay constitución en actor civil? Pues, como se sabe, en los casos en que el perjudicado por el delito no se constituye como parte civil o actor civil (conforme al Código Procesal Penal del 2004) pesa sobre el Fiscal determinar correctamente un monto justo y proporcional al daño como reparación civil. Tal posición ha sido reiterada por la Corte Suprema en el R.N. 61-2009-CALLAO, el cual dejó sentado que: "La Procuraduría Pública del Estado no formuló una pretensión civil alternativa a la establecida por Ministerio Público en su acusación, por lo que, por estrictas razones de congruencia procesal civil y atento al principio dispositivo que rige el objeto civil, no es posible fijar una reparación civil superior al monto fijado por el Ministerio Público"

Sin embargo, como lo precisa el abogado Guillermo Andrés Chang Hernández⁴⁸⁰, se aprecia que los fiscales tanto en su denuncia, al momento de trabar embargo preventivo sobre los bienes del investigado, como en su dictamen final, no realizan una correcta valuación de los daños irrogados por el delito investigado, lo cual genera un verdadero despropósito de la reparación civil. En efecto muchas veces el fiscal a la hora de solicitar se trabe embargo sobre los bienes del denunciado, no hace un análisis exhaustivo del monto

⁴⁸⁰ CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo Andrés; *Blog Spot Abogados*; <http://guillermochangabogados.blogspot.pe/2011/07/la-reparacion-civil-en-el-proceso-penal.html>

del embargo y más aún cuando en su acusación fiscal deben establecer el monto de reparación civil tampoco realiza el análisis deseado, donde se apreciaría, continua el referido autor, que muchas veces realizan esta determinación por la sola obligación legal que les ordena hacerlo.

Por ello es que se debe capacitar a los fiscales a efectos de que mejoren la cuantificación del daño, y sea sustentado este en pericias o informes como se detalló. Y a este respecto, deviene en necesario el que se capacite también a los juzgadores, el primer lugar sobre la importancia que debe recibir una adecuada cuantificación de la reparación civil en materia penal, y además, estos han de ser capacitados sobre esta nueva normativa, de adoptarse, pues de nada serviría esta si los agentes jurídicos no se encuentran capacitados para aplicarla.

14. NECESIDAD DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

Es necesario el que, surja una ley específica que regule toda la propuesta señalada, y así los criterios que si bien se encuentran recogidos en la doctrina, sean materializados y se vuelvan vinculantes. En ese sentido, la propuesta que se presenta constituye un conjunto de medidas coordinadas y estructuradas, que permitan solucionar un problema tan recurrente y grave como lo es una deficiente motivación de la reparación civil es delicto. Ello se plantea, en específico respecto del delito de violación sexual, a efectos de una especie de programa piloto, pero con miras de, a lo largo, establecerlo a los demás delitos posibles.

CONCLUSIONES

1. Del presente estudio de investigación se ha llegado a comprobar que la falta de criterios uniformes para la fijación de montos por reparación civil en las sentencias emitidas por delitos de Violación de la Libertad Sexual influyen en la motivación insuficiente que realizan los operadores del derecho para resarcir el daño ocasionado a favor de las víctimas por este tipo de delitos.
2. Se ha llegado a determinar que resulta necesario establecer una modificatoria al Código Penal en el Título VI De la Reparación Civil y Consecuencias Accesorias, a fin de poder unificar criterios que permitan a los jueces realizar una motivación suficiente al momento de fijar los montos por reparación civil en los delitos Contra la Libertad Sexual.
3. En las sentencias emitidas por nuestros magistrados se ha observado en la mayoría de expedientes judiciales que no se indica el tipo específico de daño causado a la víctima, sea daño moral físico, psicológico, daño emocional o daño causado en su proyecto de vida lo que impide que se pueda garantizar el efectivo resarcimiento al momento de determinar el monto por reparación civil.
4. Se ha logrado corroborar que en los procesos por delitos Contra la Libertad Sexual, independientemente de la edad de las víctimas, acuerdos por conclusión anticipada, penas efectivas o suspendidas, grado de agotamiento del delito, existe en la mayor parte de los casos una insuficiente motivación por parte de los magistrados en la determinación de la reparación civil,

pese a que el daño en este tipo de delitos es un daño que puede quedar en forma permanente en la víctima haciéndose necesario una fundamentación debida a fin de resguardar el resarcimiento efectivo.

RECOMENDACIONES

1. Se debe realizar talleres de capacitación respecto de la determinación de la reparación civil que permita a los operadores del derecho tomar conciencia sobre la importancia de realizar una debida motivación cuando se trata de resarcir el daño a las víctimas especialmente aquellas por delitos Contra la Libertad Sexual.

En este caso, estas capacitaciones deberán ejecutarse en la Academia de la Magistratura, órgano constitucional encargado de las capacitaciones a los señores magistrados y sobre esta base tambien se deberá generar una uniformidad de criterios para mejorar la predictibilidad judicial.

2. Se plantea además una propuesta de reforma legislativa del Código Penal en lo referente al capítulo de la reparación civil y sus consecuencias accesorias, siendo necesario establecer cuáles son los criterios que deben tomar en cuenta nuestros jueces peruanos al momento de establecer los montos por concepto de reparación civil.

En este punto, la idea principal es que permitir un nivel de uniformidad en el procedimiento para la determinación de un mecanismo para la valoración de la reparación civil.

3. Es necesario concientizar además a todas las partes involucradas en un proceso penal sobre la importancia de

garantizar también los derechos de las víctimas, pudiendo también recomendar que la Unidad de Víctimas y Testigos tengan una participación más activa no solo durante la investigación en el apoyo psicosocial de las víctimas sino también que se encarguen junto con el Ministerio Público y Jueces Penales de velar por el efectivo resarcimiento frente a la lesión de un bien jurídico tan importante como es la indemnidad y libertad sexual.

Partimos de la necesidad de que la víctima sea un elemento importante en el desarrollo del proceso, para que así el daño generado a sus derechos sea también reparado en lo moral más allá de la imposición de una sanción o de la asignación de una reparación civil.

BIBLIOGRAFIA

1. ALPA, Guido: "ESTUDIOS SOBRE LA REPARACIÓN CIVIL", traducción y edición: LEÓN, Leysser, primera edición, editorial ARA, Lima, 2001
2. ALPA, Guido: "RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO, LINEAMIENTOS Y CUESTIONES", traducción a cura de ESPINOZA ESPINOZA, Juan; primera edición; Gaceta Jurídica; Lima, Perú 2001
3. AZPEITÍA, Gustavo Alberto: "EL DAÑO A LAS PERSONAS. SISTEMAS DE REPARACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA", editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires
4. BAJO, Miguel: "MANUAL DE DERECHO PENAL", segunda Edición, Madrid, 1991
5. BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. "EL DERECHO FUNDAMENTAL AL PROCESO DEBIDO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL", Aranzadi. España, 1992
6. BOBBIO, Norberto: "IGUALDAD Y LIBERTAD", Paidós Iberica, 1993
7. BODANELLY, Pedro: "DELITOS SEXUALES", Bibliográfica, Buenos Aires, 1958
8. BRAMONT Arias, Luis: "CÓDIGO PENAL", Lima.
9. BRAMONT, Luis; García, María: "MANUAL DE DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL", San Marcos, Lima, 1998
10. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo: "DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCESO JUSTO", Ara Editores, Lima, 2001
11. CARO, Coria: "PROBLEMAS ACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LOS DELITOS SEXUALES", Defensoría del Pueblo, Lima, 2000
12. CASTILLO ALVA, José Luis: "TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES"; primera edición, Gaceta Jurídica, Lima – Perú, octubre 2002
13. CASTILLO PINAUD, Claudia; PÉREZ RETAMAL, Doris: "DETERMINACIÓN DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO POR DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA"
14. CASTILLO, J. L: "LA REPARACIÓN CIVIL DERIVADA DEL DELITO". Actualidad Jurídica. tomo 121

15. DE ASISROIG, Rafael; "JUECES Y NORMAS: LA DECISIÓN JUDICIAL DESDE EL ORDENAMIENTO", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A, 1995
16. DIEZ, Ripolles: "EL OBJETO DE PROTECCION DEL NUEVO DERECHO PENAL SEXUAL", PUCP, Lima, 1999-2000
17. ESPINOZA ESPINOZA, Juan: "DERECHO DE RESPONSABILIDAD CIVIL", Gaceta Jurídica, Lima
18. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: "LA REPARACION CIVIL EN EL PROCESO PENAL" ANALISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL, tercera edición, INSTITUTO PACIFICO ACTUALIDAD PENAL, Lima, 2016
19. GARCÍA, Flavio: "DELITOS SEXUALES", Ediciones Legales, Lima, 2004
20. GARCÍA-Pablos, A.: "INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL". España: Universitaria Ramón Areces, 2005
21. GHERSI, Carlos Alberto: "CUANTIFICACION ECONÓMICA, DAÑO MORAL Y PSICOLÓGICO", tercera edición, editorial ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA, ciudad de Buenos Aires, 2006
22. GHERSI, Carlos Alberto: "REPARACIÓN DE DAÑOS", segunda edición, editorial universidad, Buenos Aires, Argentina, 1992
23. GIUSEPPE, Maggiore: "DERECHO PENAL", Temis, Buenos Aires, 1956
24. ITURRALDE, Victoria; "SOBRE EL SILOGISMO JUDICIAL", Anuario de Filosofía del Derecho, VII, 1991
25. LAMADRID IBAÑEZ, Hugo; "RAZONAMIENTO JUDICIAL -MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES Y CONTROL DE LOGICIDAD, MATERIALES PARA EL ANÁLISIS", MARSOL, Lima, 2009
26. LEÓN ALVA, Eduardo: "EL DEBER DE MOTIVAR LA REPARACIÓN CIVIL EN SEDE PENAL", Gaceta Penal y Procesal Penal, tomo 52, octubre 2013
27. LEON, Leysser: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS", primera edición, editorial NORMAS LEGALES, Trujillo 2004,
28. LOTAYF RANEA, Roberto: "LA ACCIÓN CIVIL EN SEDE PENAL"; editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2002
29. MARTIN RIOS, Pilar: "EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL: UNA APROXIMACIÓN VICTIMOLÓGICA", primera edición, Madrid – España, 2007

30. MENDOZA ESCALANTE, Mijail: “LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO”, Gráfica Bellido, Lima, 2000
31. MOISSET DE ESPANÉS, Luis; TINTI, Guillermo y CALDERÓN, Maximiliano: *Ob. Cit.*
32. MONROY GALVEZ, Juan: “INTRODUCCIÓN AL PROCESO CIVIL”, Themis, Bogotá 1996
33. MUÑOZ, Francisco: “DERECHO PENAL”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
34. NOGUERA, Miguel: “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL”, editorial Jurídica Portecarrero, 1995
35. NUÑEZ, R.: “Manual de Derecho Penal, Parte Especial”, Córdoba, 1988
36. OCHOA CASTELEIRO, Ana: “LA INDEMNIZACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL Y LA NUEVA DIRECTIVA DE LA UE”, Resumen del discurso pronunciado por la dra Ochoa Casteleiro en la Universidad de Bolonia, el 12 de abril de 2013, durante la conferencia *L'immane concretezza della vittima: “buone pratiche” e sviluppi normativi alla luce della direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*
37. PALACIOS, R.: “RELACIÓN CIVIL Y PROCESO PENAL”, Tomo 133, *Actualidad Jurídica*, 1999
38. PEÑA QUIÑONES, Ernesto; “TÓPICA COMUNICACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA”; Grupo Editorial Ibáñez Ltda, Bogotá, 2010
39. QUINTANO, A. “LA ACCIÓN TERCERA O CUASI CRIMINAL PROPIA DE LA LLAMADA RESPONSABILIDAD CIVIL DIMANADA DEL DELITO”, (1946). RDPri.
40. SAN MARTÍN, César: “DERECHO PROCESAL PENAL”, tomo II, Grijley, Lima, 2003.
41. SCH CK, Estudio Jurídico: “LAS PAUTAS PARA FIJAR LAS INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTES DEL TRABAJO FUNDADOS EN EL DERECHO CIVIL”
42. TARUFFO, M., citado por Atienza en “EL SENTIDO DEL DERECHO”, Madrid, 2001,
43. VILLA, Javier: “DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL IB DELITOS CONTRA EL HONOR, LA FAMILIA Y LA LIBERTAD”, San Marcos, Lima 1998
44. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile, cit.*
45. YÁÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino: “BAREMO Y RESPONSABILIDAD CIVIL”,

LINKOGRAFIA

1. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>
2. <file:///C:/Users/usuario/Downloads/danoemergenteylucrocesante.pdf>;
3. <file:///C:/Users/usuario/Downloads/13105-52184-1-PB.pdf>
4. <file:///C:/Users/usuario/Downloads/3287-12416-1-PB.pdf>
5. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2010/02/24/algunos-alcances-de-la-evolucion-de-responsabilidad-civil/>,
6. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2012/10/17/factores-de-atribucion-en-la-responsabilidadcivil-extracontractual/>;
7. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2012/10/17/factores-de-atribucion-en-la-responsabilidadcivil-extracontractual/>;
8. <http://cienciasjuridicasuesfmo.blogspot.pe/2013/06/ejercicio-de-la-accion-civil-en-el.html>,
9. http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1483/Galvez_vt.pdf?sequence=1,
10. <http://derecho.acotaciones.blogspot.pe/2012/08/obligacion-de-motivar-las-sentencias.html>
11. <http://guillermochangabogados.blogspot.pe/2011/07/la-reparacion-civil-en-el-proceso-penal.html>
12. [http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/la%20Haya/El%20principio%20de%20reparaci%C3%B3n...\(Vlex\).pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/la%20Haya/El%20principio%20de%20reparaci%C3%B3n...(Vlex).pdf),
13. <http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA3/responsabilidad.htm>;
14. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/responsabilidad-extracontractual/responsabilidad-extracontractual.htm>;
15. <http://www.linaresabogados.com.pe/reflexiones/>
16. <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>,
17. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1728-59172015000300007&script=sci_arttext
18. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/\\$FILE/Ilecip_Rev_004-02.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/$FILE/Ilecip_Rev_004-02.pdf).

ANEXOS

Propuesta de Reforma Legislativa del Código Penal

TITULO VI DE LA REPARACION CIVIL Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS

CAPITULO I REPARACION CIVIL

Reparación civil

Artículo 92.- La reparación civil se determina conjuntamente con la pena.

Contenido de la reparación civil

Artículo 93.- La reparación comprende:

1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y
2. La indemnización de los daños y perjuicios.

CONCORDANCIAS: D.S N° 009-2010-JUS (Aprueban Procedimiento para el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de procesos seguidos sobre delitos de corrupción y otros delitos conexos)

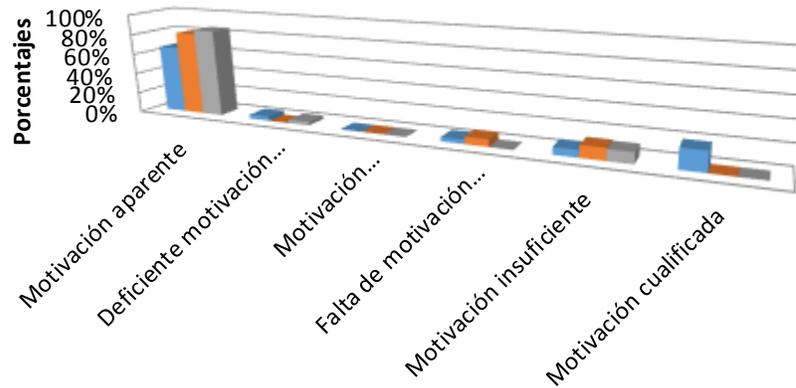
Se propone adicionar el siguiente artículo:

"Criterios para fijar el monto por reparación civil

Artículo 93-A del Código Penal.- Se deberá tener en cuenta lo siguiente:

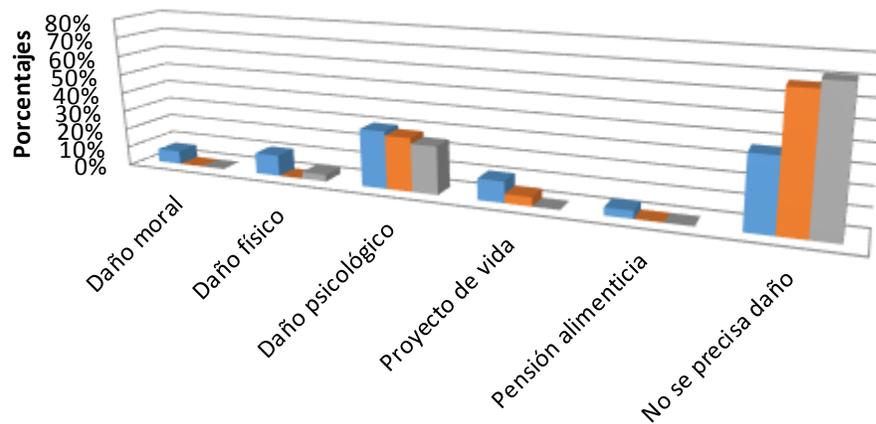
1. ***Indicar el daño causado a la víctima precisando el monto asignado para cada tipo de daño.***
2. ***Las circunstancias de la víctima, entorno familiar, económico y social, atendiendo a su edad y de ser el caso proyecto de vida afectado.***
3. ***En el caso que se trate de sentencias emitidas por conformidad, rigen los criterios antes establecidos. "***

1.A- Calidad de motivación



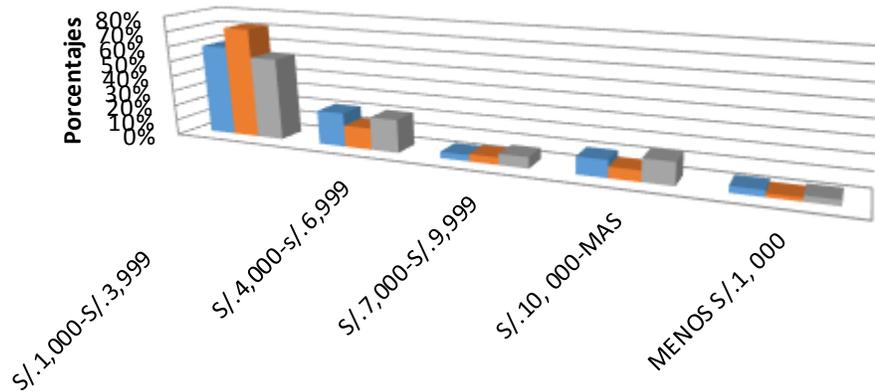
	Motivación aparente	Deficiente motivación externa	Motivación incongruente	Falta de motivación interna	Motivación insuficiente	Motivación cualificada
■ 2013	66%	4%	0%	4%	7%	19%
■ 2014	81%	0%	0%	7%	12%	0%
■ 2015	85.70%	3.60%	0%	0%	10.70%	0%

2.A- Tipo de daño que comprendió el monto fijado



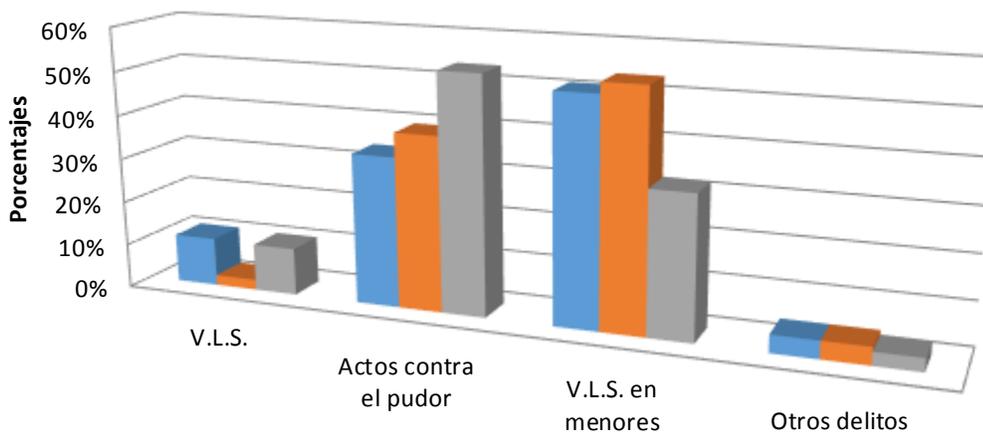
	Daño moral	Daño físico	Daño psicológico	Proyecto de vida	Pensión alimenticia	No se precisa daño
■ 2013	7%	11%	30%	11%	4%	37%
■ 2014	0%	0%	28%	5%	0%	67%
■ 2015	0%	4%	25%	0%	0%	71%

3.A- Monto fijado por reparación civil



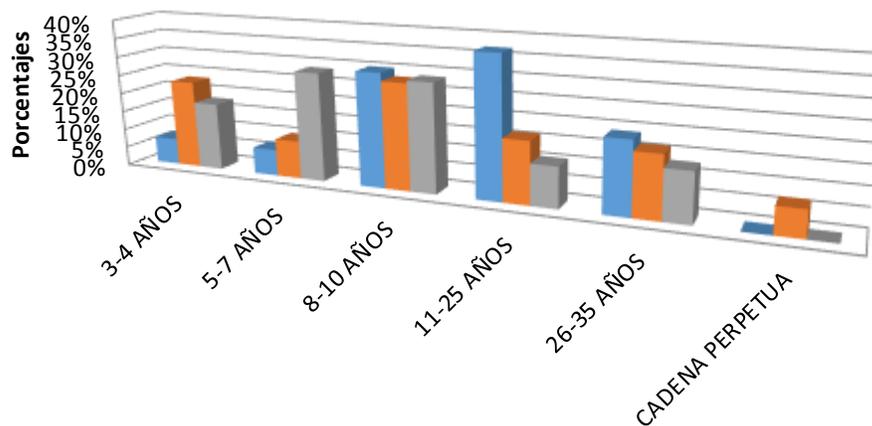
	S/.1,000-S/.3,999	S/.4,000-s/.6,999	S/.7,000-S/.9,999	S/.10,000-MAS	MENOS S/.1,000
■ 2013	59%	22%	4%	11%	4%
■ 2014	72%	14%	5%	7%	2%
■ 2015	54%	21%	7%	14%	4%

4.A- Tipo de delito ocasionador de daño



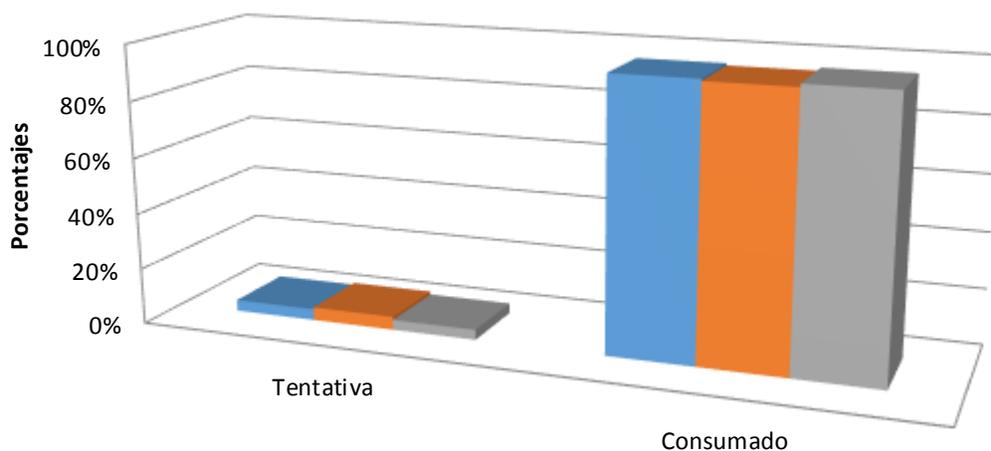
	V.L.S.	Actos contra el pudor	V.L.S. en menores	Otros delitos
■ 2013	11%	34%	51%	4%
■ 2014	2%	40%	54%	4%
■ 2015	11%	54%	32%	3%

5.A- Quantum de pena impuesta



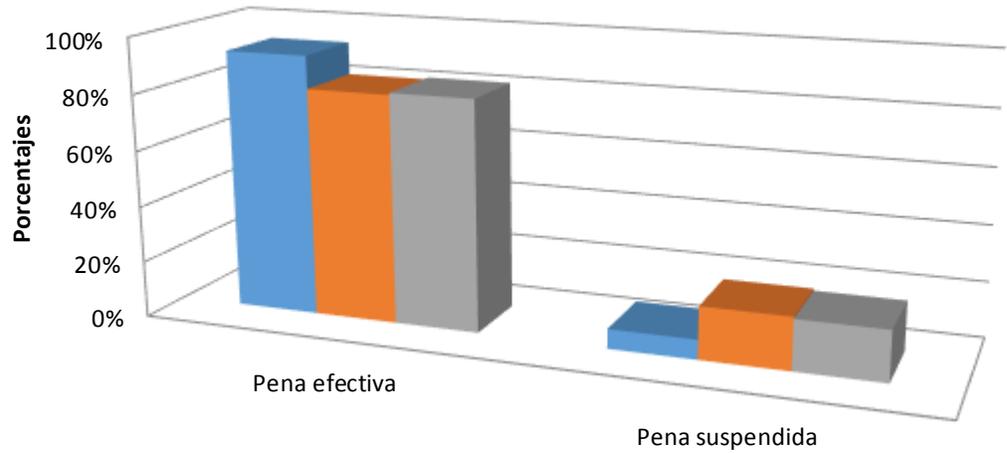
	3-4 AÑOS	5-7 AÑOS	8-10 AÑOS	11-25 AÑOS	26-35 AÑOS	CADENA PERPETUA
■ 2013	7%	7%	30%	37%	19%	0%
■ 2014	23%	10%	28%	16%	16%	7%
■ 2015	18%	29%	29%	11%	13%	0%

6.A- Grado de agotamiento de delito



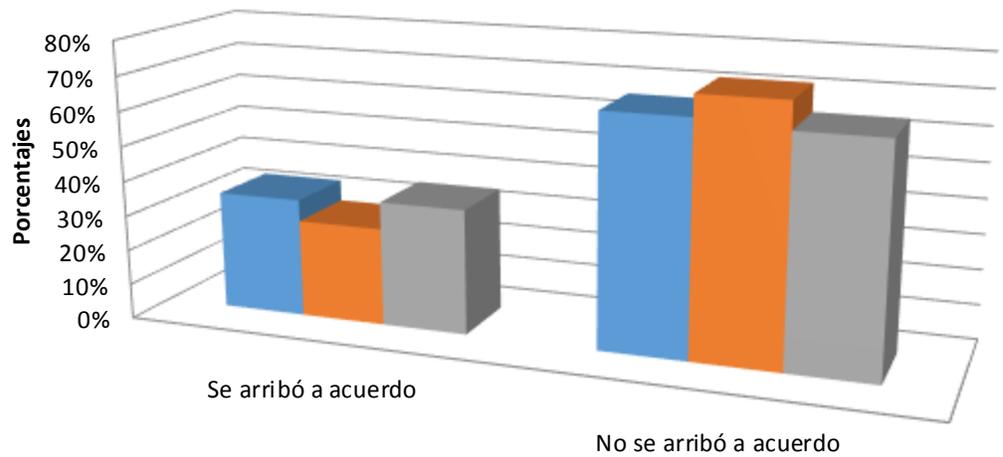
	Tentativa	Consumado
■ 2013	4%	96%
■ 2014	5%	95%
■ 2015	4%	96%

7.A- Tipo de condena impuesta



	Pena efectiva	Pena suspendida
■ 2013	93%	7%
■ 2014	81%	19%
■ 2015	82%	18%

8.A- Conclusión anticipada



	Se arribó a acuerdo	No se arribó a acuerdo
■ 2013	34%	66%
■ 2014	28%	72%
■ 2015	36%	64%