



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO



FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN

TITULO:

**“EL CRITERIO DEL JUZGADOR PARA ESTABLECER
EL MONTO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN EL DELITO
DE VIOLACIÓN SEXUAL A VICTIMAS MENORES DE
EDAD EN LA PROVINCIA DE CHICLAYO 2018”**

**TESIS
PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

BACHILLER:

BELITT ROXANA MELAYNE ESPINO PAZ.

ASESOR

Mg. FLOR DE MARIA CHUZÓN JIMENEZ

Chiclayo

Noviembre 2019

**“EL CRITERIO DEL JUZGADOR PARA ESTABLECER EL MONTO DE LA
REPARACIÓN CIVIL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL A
VICTIMAS MENORES DE EDAD EN LA PROVINCIA DE CHICLAYO 2018”**

Tesis presentada por la Bachiller Srta. Belitt Roxana Melayne Espino Paz, a la facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado.

Belitt Roxana Melayne Espino Paz.
Bachiller

Mg. Flor De María Chuzón Jiménez
Asesor.

Aprobado por:

Mg. Lito Becerra Angulo
Presidente

Mg. Javier Díaz Díaz
Secretario

Mg. Eleo Mitridates Grillo Paico
Vocal

AGRADECIMIENTO

A mi familia por haberme dado la oportunidad de formarme académicamente.

A ésta prestigiosa universidad Particular de Chiclayo, Facultad de derecho, por contar con catedráticos de mucho prestigio que ayudan a la formación estudiantil, compartiendo sus experiencias profesionales con sus alumnos.

DEDICATORIA

A **Dios** por darme la vida y estar siempre conmigo, guiándome en mi vida.

A mi Padre:

Por ser mi pilar fundamental y haberme apoyado incondicionalmente, pese a las adversidades e inconvenientes que se presentaron.

INTRODUCCIÓN

En el distrito judicial de La Libertad, los jueces penales, luego de determinar la responsabilidad penal de un procesado por el delito de violación sexual, emiten sentencias condenatorias imponiendo penas que oscilan desde los 14 años de pena privativa de la libertad hasta con un máximo de cadena perpetua; sin embargo, al momento de establecer la reparación del daño causado a las víctimas, basan sus fundamentos jurídicos sólo en la reparación civil, imponiendo en todos los casos un monto indemnizatorio por los daños y perjuicios sufridos por las víctimas. Este monto indemnizatorio, muchas veces no logra satisfacer o brindar una adecuada reparación del daño causado a las víctimas, presentándose como una medida muy limitada.

La importancia legal involucra a la situación del adolescente que tiene entre 14 y 18 años de edad que haya sido ultrajado sexualmente por un familiar y sin que haya prestado su consentimiento, es proporcional aplicar la pena fijada actualmente en el artículo 170 del Código Penal al agresor sexual, sin que exista la agravante específica por la minoría de edad.

Es importante considerar la importancia y propósito de la presente investigación en la medida que hace un análisis de cómo se sanciona con drasticidad a quienes ultrajan sexualmente mediante el uso de la violencia física o psicológica a menores que tienen entre 14 y menos de 18 años de edad; ello será posible siempre y cuando se incorpore como agravante del delito de violación sexual la agresión a menores de edad.

La razón fundamental de la protección del estado para los menores indicados es que son fácilmente vulnerables, si bien tienen capacidad de decisión para elegir con quién copular, sin embargo, psicológicamente no se encuentran en plena madurez como para resistir una agresión en contra de su voluntad, motivo por el que la normativa penal debe sancionar con gravedad cuando las agredidas son menores.

Cuando se comete un ilícito penal no sólo se está afectando un bien jurídico que determina una sanción penal sino además se vulnera un interés protegido por el ordenamiento jurídico, por lo que surge el derecho, en la esfera jurídica de la víctima (o de sus herederos), a una compensación “el hecho punible origina no sólo consecuencias de orden penal sino también civil, por lo cual – en principio- toda persona que realice una conducta típica, antijurídica y culpable, trate de imputable o inimputable, debe restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del ilícito, cuando ello fuera posible, y resarcir los daños o perjuicios ocasionados al perjudicado; nace de esta manera la responsabilidad civil derivado del hecho punible”.

RESUMEN

El Estado a través de sus órganos pertinentes como la Fiscalía, el Poder Judicial y la Defensoría del Pueblo, no están siendo efectivos en otorgar medidas de protección y reparación, ya que es necesario proponer mecanismos normativos para brindar seguridad y pueda en alguna medida continuar realizando sus actividades propias de su edad, como es su educación, recreación, alimentación, salud física y emocional.

Las víctimas deben ser tratadas con humanidad, respetando su dignidad y sus derechos humanos, siempre evitando nuevos traumas de victimización, pues nuestra Constitución en su artículo °1, establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado,

La problemática de este trabajo de investigación Tesis, pretende identificar si los criterios utilizados por los operarios judiciales a la hora de identificar el monto de la reparación civil son los más adecuados, asimismo también se investigó si es que la parte agresora a la hora de finalizar el proceso cumple con el pago correspondiente para el tratamiento psicológico que es muy importante para el menor de edad.

El Planteamiento del Problema tiene sus fuentes en la información recabada en determinados medios de información como revistas, diarios de circulación local, regional y nacional, vía internet, expedientes, etc.

Uno de los objetivos a que se pretende llegar es Identificar las medidas de protección y de reparación al daño ocasionado a las víctimas menores de violación sexual que se tiene en las sentencias en los juzgados penales de la zona judicial de Chiclayo, 2018.

El tipo de investigación que se utiliza es descriptiva, debido a que tiene como objeto de estudio a una situación concreta, análisis e interpretación de la naturaleza actual, respecto al pago de reparación civil en los delitos de Violación.

En el presente trabajo de investigación se llega a concluir entre ello Se determinó que las sentencias emitidas por los jueces penales del distrito judicial de Lambayeque, en cuanto a los delitos de violación sexual en el periodo comprendido años 2018, respecto de la reparación fijan sólo montos dinerarios, no encontrando un criterio uniforme para determinar dicho monto, sino todo lo contrario, pues los montos que se señalan varían de manera desproporcional entre la pena privativa de la libertad para el acusado y la reparación civil a la víctima.

ABSTRACT

The State, through its relevant bodies such as the Prosecutor's Office, the Judiciary and the Ombudsman's Office, are not being effective in granting protection and reparation measures, since it is necessary to propose normative mechanisms to provide security and to some extent continue carrying out their own activities of their age, such as their education, recreation, food, physical and emotional health.

Victims must be treated with humanity, respecting their dignity and their human rights, always avoiding new traumas of victimization, because our Constitution in its article 1, establishes that the human person is the supreme end of society and the State,

The problematic of this research work Thesis, seeks to identify whether the criteria used by judicial operators when identifying the amount of civil reparation are the most appropriate, also investigated whether it is that the aggressor at the time of completion The process complies with the corresponding payment for the psychological treatment that is very important for the minor.

The Problem Statement has its sources in the information collected in certain media such as magazines, newspapers of local, regional and national circulation, via the Internet, files, etc.

One of the objectives that it is intended to reach is to identify the measures of protection and reparation for the damage caused to the minor victims of rape that are found in the sentences in the criminal courts of the judicial area of Chiclayo, 2018.

The type of investigation that is used is descriptive, because it has as its object of study a specific situation, analysis and interpretation of the current nature, regarding the payment of civil reparation in the crimes of Violation.

In the present investigation work it is concluded between it It was determined that the sentences issued by the criminal judges of the judicial district of Lambayeque, regarding the crimes of sexual rape in the period included in 2018, regarding the reparation fix only amounts monetary, not finding a uniform criterion to determine this amount, but quite the opposite, because the amounts indicated vary disproportionately between the deprivation of liberty for the accused and civil reparation for the victim.

INDICE

AGRADECIMIENTO	iii
DEDICATORIA	iv
INTRODUCCIÓN	v
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT	vii

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- Descripción del problema.	12
1.2.- Planteamiento del problema.....	13
1.3.- Formulación del Problema.....	14
1.4.- Justificación de la investigación	14
1.5.- Objetivos.....	15
1.5.1.- Objetivo general.....	15
1.5.2.- Objetivos Específicos	15
1.6.- Hipótesis.	15
1.7.- Variables	15
1.7.1.- Variable independiente	15
1.7.2.- Variable dependiente.	16
1.8.- Metodología.....	16
1.8.1.- Tipo de investigación.....	16
1.8.2.- Diseño de Investigación / contrastación de la hipótesis.....	16
1.8.3.- Población y Muestra.	16
1.8.4.- Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.	17
1.8.5.- Validación y confiabilidad de los instrumentos.....	17

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

2.1.- EVOLUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL	18
2.2.- RESPONSABILIDAD CIVIL.....	21
2.3.- FUNCIONES QUE SE LE ATRIBUYE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	21
2.3.1.- Función resarcitoria	21
2.3.2. Función preventiva.....	22
2.3.3.- Función punitiva.....	23
2.4.- ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	25

2.4.1.- Respecto a la función resarcitoria	25
2.4.2.- Respecto a la función preventiva	25
4.5.3.- Respecto a la función punitiva	26
2.5.- LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.	29
2.6.-ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	30
2.6.1.- La Antijuridicidad	31
2.7.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DEL HECHO DAÑINO.	34

CAPITULO III

EL DAÑO

3.1.- REQUISITOS DEL DAÑO	36
3.2.- CLASIFICACION DEL DAÑO	37
3.3.- NEXO CAUSAL O RELACION CAUSAL	39
3.3.1. Fractura Causal.....	40
3.3.2. Concausa	42
3.3.3. Concurrencia de Causas	42
3.4.- FACTORES DE ATRIBUCION	43
A. SISTEMA SUBJETIVO.	43
Dolo.....	43
Culpa	44
B. SISTEMA OBJETIVO	45
Riesgo Creado	45

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL GENERTADA POR EL DELITO

4.1.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN CIVIL	48
4.1.1.- La reparación civil como sanción jurídico-penal.....	48
4.1.2.- Naturaleza privada de la reparación civil.....	58

CAPITULO V

LA INDEMNIZACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

5.1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	61
5.2.- LA PERPETRACIÓN DEL HECHO.	63
5.3.- LA REGULACIÓN PERUANA.	64
5.4.- REPARACIÓN CIVIL EN EL CÓDIGO PENAL:.....	65
5.5.- EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA	74
5.6.- TEORÍA DEL RIESGO Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA	74

CAPITULO VI

DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD

6.1.- ANTECEDENTES.	76
6.2.- EL CONCEPTO DE BIEN JURIDICO.....	80
6.2.1.- Libertad Sexual.	84
6.2.2.- Indemnidad sexual o intangibilidad sexual.....	85
6.2.1.1. La felatio in ore como modalidad del acceso carnal.-	88
6.2.1.2. El uso de objetos como modalidad del acceso sexual prohibido.....	90
6.2.1.3. El uso de partes del cuerpo como modalidad del delito de acceso sexual.....	90
6.2.1.4. Medios típicos del acceso sexual prohibido.	91
6.2.1.5.- La amenaza grave	93
4.2.1.6. Sujetos del delito de acceso carnal.	95
a.- Sujeto activo.....	95
b.- Sujeto pasivo.....	96
6.3.- VIOLENCIA SEXUAL EN NUESTROS CÓDIGOS PENALES:.....	96
6.4.- ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.	97
6.4.1.- Ámbito sexual y la libertad:.....	97
6.5.- EN EL CODIGO PENAL PERUANO.	99
a) Sujeto Pasivo.....	100
b) Tipicidad Subjetiva	101
c) Elemento subjetivo adicional al Dolo	101

CAPITULO VII

TRATAMIENTO LEGAL DE LAS RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS CON PERSONAS DE 14 AÑOS Y MENORES DE 18 AÑOS

7.1. PREAMBULO.	103
7.2.- REFLEXIONES SOBRE EL ARTÍCULO 170° INCISO 11 DEL CÓDIGO PENAL.	105
7.3. REALIDAD SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES:.....	106
7.4. LA DACIÓN DE LA Ley N° 30076 Y EL DELITO DE VIOLACION DE MENOR DE EDAD.....	107
7.5. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES.....	108
7.6. LAS PERSONAS QUE HAN SIDO CONDENADAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LOS ACUERDOS PLENARIOS.	110

CAPÍTULO VIII

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

8.1. ENCUESTA A LOS ABOGADOS	111
------------------------------------	-----

8.2.- SITUACIÓN PENITENCIARIA DE SENTENCIADOS POR DELITOS DE VIOLACIÓN.....	116
8.1.1.- Ingresos año 2018.	116
8.1.2.- Egresos año 2018.	117
8.1.3.- Ingresos año 2019.	118
8.1.3.- Egresos año 2019.	119
CONCLUSIONES	120
RECOMENDACIONES	121
BIBLIOGRAFIA	122

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN.

1.1.- Descripción del problema.

En nuestro medio observamos que a las menores víctimas de violación sexual no están siendo, debidamente protegidos ni se les garantiza el pago de la reparación civil, puesto que las decisiones a nivel fiscal de la ciudad de Chiclayo, no establecen mecanismos efectivos para lograr que las víctimas logren en parte su rehabilitación física, emocional y social.

Se observa, además que la violación sexual, trae consigo una serie de situaciones que durante el proceso afectan a la víctima, más aun si es menor de edad, puesto que reciben humillación y abuso por parte de los operadores judiciales, porque después del ataque físico, sus derechos continúan siendo vulnerados por una justicia que nos los protege, que nos les brinda seguridad en su defensa legal, y que en algunas veces al final del proceso, les otorga una reparación civil que es insuficiente, además observamos que las decisiones judiciales no brindan efectivas medidas de protección y reparación al daño causado a la víctima.

El Estado a través de sus órganos pertinentes como la Fiscalía, el Poder Judicial y la Defensoría del Pueblo, no están siendo efectivos en otorgar medidas de protección y reparación, ya que es necesario proponer mecanismos normativos para brindar seguridad y pueda en alguna medida continuar realizando sus actividades propias de su edad, como es su educación, recreación, alimentación, salud física y emocional.

Las víctimas deben ser tratadas con humanidad, respetando su dignidad y sus derechos humanos, siempre evitando nuevos traumas de victimización, pues nuestra Constitución en su artículo °1, establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, siendo así, las víctimas a través de las instituciones o de sus apoderados tienen el derecho a interponer recursos y obtener medidas de protección y reparación por el daño sufrido, sin embargo, observamos en nuestra zona judicial de Huánuco, que no existen instituciones que se encarguen de garantizar la protección y reparación a los menores víctimas de violación sexual.

Sería necesario por parte del estado, de dotar un rol a las municipalidades y gobiernos regionales en crear centro de albergues para recepcionar a niños víctimas con personal capacitado y orientarle en la tutela de su derecho y no suponga la segunda victimización, otorgándole una información eficaz de los derechos y servicios que le corresponden.

También el estado tendría que crear como un mecanismo de protección un Registro de Ofensores (Sujetos Activos de la Libertad Sexual), que tendría como fin identificarlos fácilmente al agresor y de esta forma evitar que otros cometan su primer delito con tal de no aparecer en estas bases de datos, ya que como requisito seria la verificación obligatoria del historial de la persona que busca un nuevo trabajo en sitios donde puede estar en contacto con menores de edad, con lo cual se podría identificarlos inmediatamente.

1.2.- Planteamiento del problema.

La problemática de este trabajo de investigación Tesis, pretende identificar si los criterios utilizados por los operarios judiciales a la hora de identificar el monto de la reparación civil son los más adecuados, asimismo también se investigó si es que la parte agresora a la hora de finalizar el proceso cumple con el pago correspondiente para el tratamiento psicológico que es muy importante para el menor de edad.

El Planteamiento del Problema tiene sus fuentes en la información recabada en determinados medios de información como revistas, diarios de circulación local, regional y nacional, vía internet, expedientes, etc. La estadística proporcionada por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, por ejemplo, se constituye en otra fuente de gran importancia que nos reporta la cantidad de casos de violación sexual de menores de edad que se tienen en la provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque, períodos 2017-2019. Todos se encuentran vinculados con la —violación de la Libertad Sexual de menores de edad.

La gran mayoría de los casos de violación sexual de menores en nuestro país, deja como consecuencia niños que en un futuro no logran tener una vida normal, esto debido al trauma que sufrió al verse vulnerado su indemnidad sexual, asimismo estos menores de edad que fueron violentados sexualmente, llegara a pasar por su mente vengarse de lo que en un momento hicieron con él, esto conllevaría a continuar con ese círculo vicioso.

Ante todo estas situaciones, la sociedad se encuentra conmocionada ante estas atrocidades que se vienen cometiendo en el Perú, es por ello que se debería tomar las medidas necesarias de cuidado y prevención, para que de una u otra se pueda frenar el alto índice de violaciones que existe en nuestro país.

La violación sexual, es un delito constante en nuestro Perú al ser constante cuenta con un gran índice de denuncias, conllevando a que las instituciones del estado acojan una especial atención en estos casos. Además son delitos que atentan contra la libertad e intimidad de la persona, trayendo como consecuencia en el tiempo malos recuerdos y cicatrices emocionales que son difíciles de superar, asimismo también deja marcas físicas hasta el punto de llegar a las enfermedades venéreas. Se puede determinar que la agresión sexual hacia los menores afecta de forma directa, el cuerpo y la salud mental del menor, a tal punto que daña el proyecto de vida a futuro porque si ese menor sufre una violación, ese niño o niña vivirá con miedo, será una persona reprimida, sufrirá problemas de identidad y no tendrá claro tal vez su opción sexual. Asimismo es muy difícil que vuelva a tener esa confianza hacia las personas.

1.3.- Formulación del Problema.

¿En qué medida se otorga el pago de la reparación civil para las víctimas menores de edad en el delito de violación sexual en los juzgados penales de Chiclayo en el año 2018?

1.4.- Justificación de la investigación

Se justifica la realización de la investigación que se propone por las siguientes razones: Hay la necesidad de reformular los conceptos en torno a las medidas de protección y reparación a menores víctimas de violación sexual.

Se hace necesario exponer razones acerca de la utilidad y aplicabilidad de los resultados del estudio, especialmente hacia la formulación de dispositivos legales que contribuyan a resolver el problema de las medidas de seguridad y reparación a menores víctimas de violación sexual.

La presente investigación nos permitió proponer una estrategia para generar conocimientos válidos y confiables en torno al problema seleccionado.

1.5.- Objetivos.

1.5.1.- Objetivo general.

Identificar las medidas de protección y de reparación al daño ocasionado a las víctimas menores de violación sexual que se tiene en las sentencias en los juzgados penales de la zona judicial de Chiclayo, 2018.

1.5.2.- Objetivos Específicos

- ❖ Identificar las medidas de protección que se adoptan, tanto las Fiscalías Penales como los Juzgados Penales para proteger los derechos y garantizar la reparación del daño causado a los menores víctimas de violación sexual en Chiclayo, 2018.
- ❖ Determinar el nivel de las medidas que adoptan tanto las fiscalías penales como los juzgados penales para proteger los derechos y reparar el daño causado a los menores víctimas de violación sexual en la ciudad de Chiclayo, 2018.

1.6.- Hipótesis.

Si el juzgador considera los factores Jurídicos determinantes de valoración del daño causado a las víctimas menores de edad por el delito de violación sexual, entonces se debe valorar el pago de la reparación civil en los juzgados penales de la ciudad de Chiclayo en el año 2018.

1.7.- Variables

1.7.1.- Variable independiente

- El pago de la reparación civil

1.7.2.- Variable dependiente.

- Las víctimas menores de edad en el delito de violación sexual

1.8.- Metodología.

1.8.1.- Tipo de investigación.

El tipo de investigación que se utiliza es descriptiva, debido a que tiene como objeto de estudio a una situación concreta, análisis e interpretación de la naturaleza actual, respecto al pago de reparación civil en los delitos de Violación. (BERNAL, 2006)

1.8.2.- Diseño de Investigación / contrastación de la hipótesis.

(Sánchez, Carlos, 1996) Es la forma más elemental de investigación a la que puede recurrir un investigador. Algunos estudiosos no lo consideran propiamente como un tipo de investigación científica, en este diseño el investigador busca y recoge información contemporánea con respecto a una situación previamente determinada (objeto de estudio), no presentándose la administración o control de un tratamiento.

Utilizaremos el diseño descriptivo simple por cuanto este tipo de estudio está interesado en la buscar y recoger información con respecto a la investigación.

La existencia de expedientes judiciales por el delito de violación sexual de menor de edad, donde existen montos irrisorios de la reparación civil, en los juzgados penales de Chiclayo.

1.8.3.- Población y Muestra.

Población:

Viene a ser el conjunto de todos los casos que concuerdan con determinadas especificaciones (HERNANDEZ 2010).

La población está constituida por operadores jurídicos y abogados litigantes de la ciudad de Chiclayo que tienen incidencia en el Poder Judicial

Muestra: Un subgrupo de la población (HERNANDEZ 2010)

Sera de tipo “no probabilístico”, la población de estudio no es numerosa se considera 12 abogados litigantes de la ciudad de Chiclayo.

Expedientes judiciales del delito de violación de menor de edad.

MUESTREO: Para el presente trabajo se utilizara muestra no probabilístico intencional.

1.8.4.- Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Técnica:

Técnicas de Fichaje. - Técnica que nos permitirá recolectar expedientes y datos del poder judicial respecto a los procesos de Reparación Civil en los procesos por el delito de violación sexual de menor de edad en los juzgados penales.

Instrumento:

Material de Estudio:

- Legislación nacional.
- Código Procesal Penal
- Legislación comparada.

Documental: Se extrajo de los datos a través de encuestas.

1.8.5.- Validación y confiabilidad de los instrumentos.

Para la medición de una determinada variable es necesario contar con el instrumental adecuado, que en el caso del presente estudio ha sido diseñado y luego validado, por la naturaleza intangible y novedosa de las variables que se están investigando. A efectos de la presente investigación, el instrumento de medición estuvo constituido por un cuestionario.

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

2.1.- EVOLUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Si nos remontamos a los primeros grupos humanos, la venganza era un mecanismo privado mediante el cual se castigaba a quien causaba daño al ofensor, es decir la venganza era personal, no intervenía la sociedad.

La Ley del Tali3n “ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie” daba al ofendido la aprobaci3n para vengar la ofensor, en etapas hist3ricas posteriores, la v3ctima del da3o comenz3 a perdonar al agresor a cambio de una suma de dinero literalmente aceptada.

Para algunos tratadistas seg3n se3ala Alfonso Orasmos el momento hist3rico en que el ofendido perdonaba al agresor a cambio de algo se estableci3 la incipiente relaci3n entre el deber de responder y la obligaci3n de resarcir el da3o. Uno de los preceptos de las XII Tablas lo se3alaba “Mutilado el miembro, si no hay transacci3n, imp3nganse al autor la Ley del Tali3n”.

La propia Ley de las XII Tablas, iba establecer cambien la transici3n entre la composici3n voluntaria y la legal exist3an ciertos delitos establecidos para los cuales la posibilidad de escoger entre la venganza o la suma de dinero, era voluntaria, en cambio, para actos il3citos la autoridad impon3a una suma de dinero que el ofendido deb3a aceptar y el ofensor ten3a que pagar, como por ejemplo:

Tabla III: El depositario que dolosamente malversare 3l deposito, pague el da3o causado.

Tabla VII: Quien perjudicare sin derecho o por casualidad, est3 tenido al resarcimiento del da3o.

Tabla VIII: Con el da3o causado injustamente (como no sea por accidente fortuito), cond3nese a la reparaci3n.

Justiniano considero necesario precisar de una manera elemental los principios de la jurisprudencia, para tal efecto comision3 a Triboniano, Te3filo y Doroteo para que

llevarán a cabo tal encargo, publicando el 21 de noviembre del año 533 con el nombre de Institutas o Instituciones. Los dos primeros títulos del primer libro hablan de la justicia, de la jurisprudencia y el derecho en general, los veinticuatro libros siguientes se refieren al derecho de personas, por su parte el segundo y tercer libro hasta el libro decimocuarto tratan de las cosas, el libro cuarto habla de las obligaciones de los contratos, cuasi contratos delitos, luego de muchas resoluciones y existiendo muchas contradicciones Justiniano “Las cincuenta Decisiones”

En el año 534 Constantino y Juan, Menna, Doroteo y Triboniano publicaron con el nombre de Codees Justinianeus Repetitae Praelectionis.

El Corpus Juris Civile de JUSTINIANO aparece en edición impresa en Barcelona en 1874 de la cual podemos extraer:

1. Ley X La justicia es una voluntad firme y perpetua de dar a cada uno lo que le pertenece.
2. Los principios del derecho son estos: vive como se debe, no hacer daño a otro, y dar a cada uno lo que es suyo.

En Roma existían algunas reglas tales como:

1. En casos fortuitos no se presume culpa si no se prueba (culpa in casibus fortuitis non praesumitur nisi probetur)
2. En caso fortuito nadie está obligado sino por culpa, pacto o tardanza.
3. Ninguno hace daño o injuria, sino aquel que hace lo que no tiene derecho de hacer (nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet)
4. La ley ve los hechos y no las voluntades (lex opus inspicit non voluntatem)
5. Las leyes favorecen al diligente y no al omiso (Vigilantibus et non durmientibus jura subvenium)
6. Los pactos contra las buenas costumbres, las leyes o la honestidad no tienen fuerza alguna (Pacta contra bonos mores, vel leges, vel contra honestas consuetudines nullius sunt momenti).
7. El que promete hacer algo, está obligado a hacerlo, si no lo hace o no puede hacerlo, está obligado al interés (Qui factum promisissit, ad factum tenetur, si non fecit, vel amplius non potest fieri, ad interesse obliogatur)

En Roma el derecho se dividía en públicos y privados, los primeros dan lugar a una instancia penal que recibe el nombre de publicum iudicium; y los segundos son aquellos en los cuales una persona ha sufrido lesión de sus derechos y corresponde solamente a ella la persecución que da lugar a la instancia privada denominada privatum iudicium, dentro de este tenemos a los que atacan los bienes o el honor de una persona, y son: a) hurto, b) la rapiña, c) el daño material y d) la injuria.

Corresponde entonces a nosotros tratar el daño material en Roma, que era el daño inferido injustamente a una persona que recibía el nombre de damnum injuria factum, y su castigo surgió a propuesta del tribuno Aquilio mediante la Lex Aquilia de danno.

La Ley Aquilia especifico las penas a que debía ser condenado el delincuente que había matado injustamente al esclavo ajeno o si hubiera matado a un animal perteneciente al ganado, ya fuera a rebaños de ovejas y cabras, a recuas de caballos, mulas, asnos, sin derecho a hacerlo, causando un daño consistente en la disminución de la fortuna del otro.

La misma ley estableció una pena contra el adstipulante que defraudaba al estipulante, y condonaba la deuda del deudor por medio de una aceptación. La misma Ley Aquilia estableció una pena aplicable a los que cometieran daños no especificados de los citados.

Sin embargo existen muchos doctrinarios y tratadistas como Hugo Grocio que atribuyen el desarrollo de la responsabilidad a la Escuela de derecho Natural, que señala que cada persona es responsable del daño causado por su hecho ilícito.

Domat y Pothier recogieron este precepto estableciendo así una doctrina específica en el campo de la responsabilidad, llegando a establecer las fuentes de las obligaciones que sustentaba nuestro derogado Código Civil y en las cuales se hace referencia a los delitos y cuasi delitos.

Silva hace referencia al derecho Anglosajón señalando que recién en el siglo XII y de manera muy incipiente con el recurso denominado trespass que era un remedio contra daños directos y físicos a personas o a la propiedad, se desarrolla el tema.

2.2.- RESPONSABILIDAD CIVIL.

Etimológicamente la palabra responsabilidad se remonta al termino latino “responderé” que es una forma latina del término responder, por eso decimos que la responsabilidad es la habilidad de “responder” El Diccionario de la Lengua Española lo define como una deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.

Partiendo del principio romano es deber genérico de causar daño a nadie, si este no es cumplido, su correlato es la obligación de reparar el perjuicio causado por su responsable. Consideramos que esta constituye la base de la responsabilidad y de sus distintos regímenes jurídicos que derivan de él, sobre la naturaleza del hecho ilícito, entendido claro está como ilícito civil y del daño ocasionado.

A nuestro entender el tema de la responsabilidad civil no debe ser desarrollado ajeno a un análisis de la relación jurídica obligatoria (obligaciones), dado que esta se desenvuelve dentro de la dinámica de una obligación.

La responsabilidad civil que nació de una misma fuente, fue dividida así en dos áreas, diferenciadas según su concepción, de esta génesis única, el ALTERUM NON LAEDERE, ha nacido la responsabilidad civil contractual y la extracontractual.

La responsabilidad civil extracontractual como sistema, gira en torno a la tutela de un interés general que recoge el principio original y general del “ALTERUM NON LAEDERE” que no es otra cosa que un deber jurídico general de no causar daño a nadie, deber que el ordenamiento jurídico impone a todos los particulares.

Considerando lo investigado como punto de partida *la responsabilidad civil en general debe ser conceptualizada como “un conjunto de consecuencias jurídicas a las que los particulares se someten por el hecho de haber asumido una situación jurídica pasiva, sea en forma voluntaria o por efectos de la ley.*

2.3.- FUNCIONES QUE SE LE ATRIBUYE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

2.3.1.- Función resarcitoria

Estando a las ideas vertidas y atendiendo a la evolución de la responsabilidad civil, así como en congruencia con los criterios manejados en la doctrina nacional y

extranjera¹, se sostiene en forma unánime que la función natural de la responsabilidad civil o del Derecho de daños, es la *reparación o resarcimiento de los daños causados a la víctima*, sea esta individual o colectiva; constituyendo dicha función su razón de ser o fundamento dentro del ordenamiento jurídico y del control social formal. Inclusive desde una perspectiva de eficiencia vinculada al funcionamiento del mercado y al análisis económico del derecho, se llega a la conclusión de que en la sociedad moderna “[...] el fin fundamental de las reglas de la responsabilidad es, en consecuencia el perfil resarcitorio”. En este mismo sentido, se pronuncia REGLERO CAMPOS, quien categóricamente hace referencia al predominio de la función reparatoria de la responsabilidad por daños o responsabilidad civil. Precizando que a la función preventiva se le concede escasa relevancia.

2.3.2. Función preventiva

Asimismo, también se atribuye a la responsabilidad civil una función *preventiva* de futuras lesiones a los bienes o intereses jurídicos; en este sentido, PIZARRO refiere: “La prevención representa una nueva función del ir nominado ‘Derecho de daños’. Tanto en el Derecho comparado como en nuestro país, se advierten tendencias doctrinarias decididas a favor de los remedios preventivos, que se presentan como complemento idóneo y necesario de las vías resarcitorias”. Esta función preventiva puede ser *general o específica*.

Sin embargo, no todos los autores manejan el mismo criterio para fundamentar esta función de la responsabilidad civil; así, algunos consideran que esta cumple su función preventiva en cuanto hace surgir una obligación *inhibitoria* frente al peligro, a fin de evitar que se produzca o continúe el perjuicio, sobre todo, en casos de daños a la salud

¹ De Trazegnies Granda, Responsabilidad extracontractual, cit., 1988; Bustamante Alsina, Teoría general de la responsabilidad civil, cit., 1989; Zavala de González, Resarcimiento de daños, cit.; Concepción Rodríguez, Derecho de daño, cit., 1997; Estevill, “Tendencias actuales del derecho de daños”, cit.; De Ángel Yágüez, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, cit.; Díez-Picazo/Ponce de León, Derecho de daños, cit.; Roca, Derecho de daños, cit.; Ribo Duran, Derecho de daños, cit.; Bueres, Derecho de daños, cit.; Zelaya Etchegaray, La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente, cit.; Vicente Domingo, Elena, citando a La Cruz Berdejo, Díez-Picazo, Santos Briz, Puig Brutau, et al, en Los daños corporales: tipología y valoración, cit.; Estevill, Derecho de daños, cit.; Alpa, Responsabilidad civil y daño, cit.; Pizarro, Ramón Daniel, Daño moral. Prevención, reparación, punición, Hammurabi, Buenos Aires, 2001; entre otros.

pública, al ambiente², o en general en casos en que si el daño se produjese no se podría encontrar remedio en el resarcimiento, encontrándonos ante un caso de irreparabilidad³. Dichos autores asumen que esta función preventiva viabiliza las acciones inhibitorias, sobre todo, cuando se trata de riesgos a bienes jurídicos fundamentales⁴. Otros afirman que el reflejo preventivo se concreta a través de la latente reacción del ordenamiento jurídico, que obliga a reparar, lo que a la vez genera una acción psicológica intimidadora ejercitada por el conocimiento de tal reacción⁵.

Ello implica reconocer que la norma jurídica, “aparte de un mandato o prohibición —precepto— comprende también la amenaza de unas consecuencias desfavorables para el caso de violación del precepto —sanción—. En cuanto tal consecuencia constituya una amenaza con el fin de reintegrar el interés lesionado, la norma pretende *sancionar la violación* del precepto, conminando al responsable a la *reparación del daño*”⁶. Pues, la amenaza con el resarcimiento produciría una motivación psicológica que inclina a obedecer el precepto, a abstenerse de su violación, esto es, a no producir el daño. Concluyéndose que toda regulación de la responsabilidad civil deberá responder a fines preventivos y no solamente reparadores.

2.3.3.- Función punitiva

De otro lado, también se sostiene que la responsabilidad civil tiene una acción *sancionadora*, llegando a hablarse de “daños punitivo” y de “pena privativa”⁴⁹. Con ello,

2 ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, cit., p.69. PÉREZ VARGAS, Víctor, “La tendencia expansiva del derecho de daños. Perspectiva de unidad latinoamericana”, en *Responsabilidad civil. Derecho de daños. Teoría general de la responsabilidad civil*, Dirigida por José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coahuila, Grijley, Lima, 2006, p. 193.

3 “Para entender la irreparabilidad del daño debe considerarse que hay veces en que el resarcimiento aunque jurídicamente sea posible, no se adapta bien a la reparación del daño (piénsese en los daños producidos a los derechos de la personalidad); o encuentra dificultades para determinarlo o medirlo; o no puede efectuarse en la práctica a causa de la situación económica del responsable” [DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch (Barcelona), Imprenta universitaria de Bogotá, 1996, p. 574].

4 “Cualquier regulación nueva deberá responder a retos inminentes: genoma humano, inicio de la vida humana, valor del proyecto existencial, inadecuación de las tablas indemnizatorias en materia de salud, derechos fundamentales de todos nosotros como consumidores y como habitantes del ambiente inmediato y planetario. En la determinación de los principios antes expuestos, deberá partirse de los valores que resultan afectados por estos nuevos acontecimientos: la vida, la salud, el ambiente y conjugar estas afirmaciones con reglas de legitimación con fines preventivos y no solamente reparadores” [PÉREZ VARGAS, “La tendencia expansiva del derecho de daños. Perspectiva de unidad latinoamericana”, cit., p. 196].

5 De Cupis, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 572.

6 De Cupis, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 581.

se asume que la reparación civil cumple una finalidad igual o similar a la de la pena diseñada y desarrollada en la órbita del Derecho penal.

Refiere **TRIGO REPRESAS**: “Con ello se persigue una doble finalidad: la de sancionar al sujeto dañador por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable, y además la de desterrar (*deterrence*) la eventual reproducción de futuros proceder ilícitos parecidos, mediante la disuasión o desanimando al agente del daño”⁷. En general para viabilizar estos daños punitivos se exige que el dañador haya logrado un beneficio económico muy superior al monto de la obligación resarcitoria a que hubiera lugar y que el agente haya actuado mediando dolo o grave negligencia⁸, aun cuando también se dice que en el caso de la indemnización por daño moral no se trata propiamente de una reparación (o satisfacción) sino de una punición disfrazada⁹.

En otros términos, también se señala como funciones de estos daños punitivos, sancionar al dañador, prevenir sucesos lesivos similares y eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa¹⁰. Asimismo, desde una perspectiva de acercamiento del derecho europeo y latinoamericano a la órbita del *Common Law*, se sostiene que sería importante tomar en consideración la función preventiva y ejemplarizante de la indemnización punitiva de las *class action*, la *injunction* y los *punitive damages* del Derecho Anglosajón¹¹; o las expresiones *exemplary Damages*, *vindictive damages*, *non compensatory damages*, *penal damages*, *aggravated damages*, *additional damages*, *smart money*, etc.¹².

Claro que esta función sancionadora o punitiva no es mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia es bastante criticada por autorizados autores, crítica que inclusive alcanza en muchos de los casos a la función preventiva atribuida a la responsabilidad civil.

7 TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, ob. cit., p. 562.

8 TRIGO REPRESAS, “Daños punitivos”, cit., p. 285. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo Martín, ob. cit., p.191.

9 ZAVALA DE GONZÁLEZ/GONZÁLEZ ZAVALA, ob. cit., p. 193.

10 ZAVALA DE GONZÁLEZ/GONZÁLEZ ZAVALA, ob. cit., p. 189.

11 PÉREZ VARGAS, “La tendencia expansiva del derecho de daños. Perspectiva de unidad latinoamericana”, cit., p. 199.

12 TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA con cita de Kemelmajer, Pizarro y Bustamante Alsina, en *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad*, La Ley, Buenos Aires, 2004, 1.1, p. 557.

2.4.- ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

2.4.1.- Respecto a la función resarcitoria

En realidad esta es la función preeminente y casi única, de la responsabilidad civil. Esta función, tal como refiere ALPA, al constituir un criterio cogido extensamente por una amplísima literatura, no se exige documentación; pues cada referencia bibliográfica no sería más que redundancia. Ya que no existe autor alguno que le niegue tal función o finalidad. Siendo así, vamos a detenernos a justificar este extremo, únicamente debemos señalar que, estando a la función resarcitoria de la responsabilidad civil se habla de la responsabilidad civil con el resarcimiento; aun cuando también se habla de *indemnización, reparación, restitución, reparación in compensación, satisfacción, etc.* Sobre la definición de estos conceptos vamos a volver más adelante, al tratar del rubro “el resarcimiento” como elemento de responsabilidad civil extracontractual.

2.4.2.- Respecto a la función preventiva

Resulta obvio que desde una perspectiva general la responsabilidad civil cumple una finalidad preventiva, pues todo el ordenamiento jurídico para regular las conductas, busca prevenir acciones antisociales o disvaliosas que ocasionan daños o afectan bienes o intereses jurídicos, promocionando directa o indirectamente las acciones valiosas o conforme al orden jurídico. En este sentido, puede sostenerse que el mensaje comunicativo emitido por la responsabilidad civil, cumple una finalidad preventiva *general* y específica.

No hay problema alguno para otorgar una función preventiva a la responsabilidad civil en los casos en que el agente hubiera podido evitar el daño, esto es, en los casos de actuación negligente o dolosa, pues en los demás casos no estará bajo su competencia organizar las cosas de tal forma que los daños no se produzcan.

Sin embargo, como se ha indicado, esta función no es privativa de la responsabilidad civil sino de todo el ordenamiento jurídico. Consecuentemente, no se está hablando de una función preventiva al estilo de la prevención penal, pues para que ello opere, en primer lugar se tiene que atribuir una función penal a la responsabilidad civil,

lo cual, como veremos más adelante, no se puede sostener; únicamente estamos indicando que el agente del daño no tiene carta abierta para causarlos, en virtud a que estará obligado a cargar con el peso del daño causado a la víctima una vez que se le atribuya responsabilidad civil. El propio *Roxin* refiere que la sola reparación del daño no podría cumplir ningún efecto preventivo especial ni general; igualmente *De Ángel Yágüez*, con cita de *Pantaleón* refiere; “[...] la función *normativa* de la responsabilidad extracontractual no es preventivo-punitiva [...]. Porque:

- a) No se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño,
- b) Es transmisible *mortis causa* [...].
- c) Es asegurable.
- d) Incluso cuando se solicita en el proceso penal, está sujeta al principio de rogación o instancia de parte,
- e) No existe para ella un principio de retroactividad más favorable al responsable [...].”

Claro que en los casos en que el agente del daño no logra ningún beneficio concreto con la acusación del daño, el efecto preventivo de la responsabilidad sí podría apreciarse con claridad, toda vez que en estos casos la obligación resarcitoria configurará un peso económico a cargo del patrimonio del agente, al igual que la multa como sanción administrativa o como pena; en estos casos, el mensaje comunicativo de la responsabilidad sí produciría el condicionamiento psicológico orientado a evitar los daños. Esto también operaría en los casos en que la obligación resarcitoria es considerablemente mayor que el beneficio obtenido; sin embargo, en los casos de responsabilidad objetiva no cumpliría función alguna; ya que en estos, el factor psicológico no orienta la conducta del dañador.

4.5.3.- Respecto a la función punitiva

Si por sanción o componente punitivo entendemos el criterio general relativo a las reacciones del ordenamiento jurídico civil, como el dejar sin Efecto un acto jurídico (rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad), la prescripción extintiva contra el titular negligente de un derecho de crédito, en general cualquier reacción frente a un hecho

antijurídico, tal como hace referencia DE CUPIS¹³, podemos convenir en que efectivamente la responsabilidad civil cumple una *función sancionadora* contra el agente del daño, a quien coactivamente le impone la obligación resarcitoria.

Sin embargo, desde una perspectiva propia de la sanción vinculada a las normas jurídico-penales o finalidades propias del sistema penal, creemos que debe descartarse categóricamente el intento de atribuirle funciones punitivas a la responsabilidad civil, debiendo descartarse los llamados “daños punitivos o penas civiles”¹⁴ en nuestro sistema de reparación de los daños. Pues, si se aprecia los fundamentos por los que los diversos autores le atribuyen esta función, se evidencia que se basan en aspectos propios del Derecho penal. Así, se indica que el fin de los *daños punitivos*¹⁵ es sancionar conductas especialmente graves y por tanto reprochables¹⁶, regidas por dolo o por culpa inexcusable o grave¹⁷ y cuando estas atentan contra bienes o intereses trascendentes como la vida, la integridad física, el medio ambiente, la fabricación y comercialización de productos riesgosos o peligrosos, etc. De donde puede advertirse claramente, que con este criterio se pretende reemplazar, desde la perspectiva del Derecho civil (responsabilidad civil) a las reacciones o sanciones propias del Derecho penal orientado por criterios de política criminal (que a su vez se enmarcan dentro del contexto general de la política jurídica). Esta perspectiva unilateral deja de lado (o desconoce) que todos estos supuestos son

¹³ PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 341. Véase a respecto ver DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996, p. 704. En el mismo sentido Carmen JEREZ DELGADO refiere: “[...] la doctrina ha atribuido a la revocatoria ordinaria paulatinamente otra función que podríamos llamar sancionadora del acto ilícito, que cobra sentido en aquellos supuestos en que el acto fraudulento se realizó con vistas a la lesión de un derecho de crédito posterior. En cuanto a los efectos de la acción revocatoria, la doctrina italiana señala que el acto se declara ineficaz frente al acreedor defraudado” [JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p.56].

¹⁴ También se habla de *multa civil*, a la sanción impuesta por el tribunal al agente de este tipo de daños, como puede verse en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Igualmente de *culpa lucrativa* en el derecho francés. TRIGO REPRESAS/LÓPEZ MESA, ob. cit., pp. 566, 572 y 573.

¹⁵ Aun cuando no es pertinente hablar propiamente de *daños punitivos* pues de lo que se trata es de punir ciertos actos calificados con cierta gravedad y no el daño en sí mismo. TRIGO REPRESAS, “Daños punitivos”, cit., p. 183. PIZARRO, *Daño moral*, cit., 2000, p. 374.

¹⁶ TRIGO REPRESAS, “Daños punitivos”, cit., p. 285.

¹⁷ Temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia son algunos de los calificativos que la jurisprudencia utiliza para justificar la sanción”. PIZARRO, *Daño moral*, cit., 2000, p. 379. Precisándose que no se concede el resarcimiento punitivo en casos de simple negligencia, tal como refiere CODERCH, Salvador, “Punitive damages”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 4, Madrid, p. 145.

especialmente graves, y por tanto, no es suficiente para su prevención, una respuesta desde el Derecho privado, y por ello mismo, desde una perspectiva del control penal, se ha criminalizado cada una de estas conductas, por lo que constituyen ilícitos penales (delitos o faltas). Este criterio criminalizador se ha seguido unánimemente en todas las legislaciones, que en muchos casos se orientan por los criterios plasmados en convenios internacionales. Inclusive, ya en el propio seno de la doctrina civil se hacía notar esta situación y se sostenía que, particularmente en el caso de conductas dolosas (o supuestos de ganancias ilícitas a través de estas conductas) lo que se debiera hacer es encarcelar a los autores y decomisar **todas** sus ganancias ilícitas¹⁸. Obviamente, la cárcel y el decomiso son: consecuencias que solo resultan aplicables cuando nos encontramos en el cubito del delito, es decir, dentro de la responsabilidad penal.

Ciertos autores¹⁹ consideran a la responsabilidad civil generada por el delito, como una consecuencia jurídico penal, dejando de lado su naturaleza eminentemente resarcitoria; lo que lógicamente ensombrece aún más el panorama y evidencia que cada uno de los especialistas desde la rama civil o penal, pretenden abordar toda la problemática social a partir de sus particulares puntos de vista, asumiendo una actitud totalizadora de la correspondiente disciplina en la cual se han especializado. Con ello pasan por alto que lo que rige en la sociedad es el ordenamiento jurídico en su conjunto, con todas sus ramas y especialidades y no únicamente una particular disciplina jurídica. Por ello, cualquier conflicto social se resuelve aplicando todas las ramas del Derecho que resulten pertinentes conforme a la naturaleza de los intereses o bienes jurídicos comprometidos. Así por ejemplo, ante un acto delictivo causante de daños civiles, se aplicarán las categorías de la responsabilidad penal así como de la responsabilidad civil y en su caso la responsabilidad administrativa, sin necesidad de pretender atribuir a una sola de estas ramas las funciones de las restantes.

Otro de los fundamentos que se esgrime para sustentar los *daños punitivos*, es el referido a que muchos de los agentes dañosos conocen de antemano las consecuencias de sus acciones, esto es, conocen la entidad y magnitud de los daños que van a causar, y pese a ello, asumiendo una conducta calculadora desde un análisis costo-beneficio, continúan

PANTALEÓN, Fernando, "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual", en *La responsabilidad en el derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 4, Madrid, 2000, p. 169. En igual sentido se pronuncian TRIGO REPRESAS/LÓPEZ MESA, ob. cit., p. 568.

19. Este punto se desarrolla con amplitud al tratar la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito.

con sus actividades dañosas, al apreciar que reparar los posibles daños que se pudieran producir, resulta más barato que suspender o evitar las actividades riesgosas que realizan. Frente a estas conductas, algunos autores consideran que no es suficiente la función reparatoria de la responsabilidad civil, sino que se hace necesaria considerar la función *punitiva* de esta (*daños punitivos*), con la que, más allá de la obligación reparatoria, se pueda sancionar ejemplarmente a los agentes de estas conductas especialmente reprochables, privándolos de las ganancias o utilidades que hubieran podido obtener a través de estas acciones dolosas²⁰. A la vez que asumen que esta función *punitiva* sería la única forma de prevenir este tipo de conductas.

2.5.- LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

Los antecedentes sobre la responsabilidad civil extracontractual en nuestro derecho data del Código Civil de 1852, que adopta el principio de culpa como base para la determinación de culpa, la culpa debe ser demostrada por el demandante; en el Código Civil de 1936 mantuvo igual la teoría de la culpa y en nuestro actual Código Civil de 1984 la responsabilidad extracontractual se encuentra regulada en el Libro VII, Fuente de Obligaciones Sección Sexta, tanto como responsabilidad objetiva como subjetiva.

AGUILA GRADOS y CAPCHA VERA señala que “la responsabilidad está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados a la vida de relación de los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.

Cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad extracontractual”.

En consecuencia podemos afirmar que la responsabilidad civil extracontractual es un deber jurídico general de no hacer daño a nadie.

20 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Indemnización punitiva”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Libro Homenaje a Atilio Aníbal Alterini*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 191.

Los criterios de información en materia de responsabilidad civil extracontractual se proyectan bajo tres criterios de información:

a) La Responsabilidad Subjetiva; contemplada en el art. 1969 del CC, siendo sus elementos:

- ❖ La determinación de la culpa por acción u omisión.
- ❖ La determinación del dolo por acción u omisión.

b) La Responsabilidad Objetiva, La responsabilidad por el empleo de cosas riesgosas o actividades peligrosas; contemplado en el Art. 1970 CC, no se requiere que medie una conducta dolosa o culposa, basta que exista un nexo causal entre el desarrollo de la actividad peligrosa con el daño causado al agraviado a consecuencia de dicha actividad.

2.6.-ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

- a) la antijuridicidad
- b) el daño causado
- c) el nexo causal y
- d) los factores de atribución

Jurisprudencia

Cas. N° 1072-2003-Ica

Arts. 1969, 1970 y 1985

“De acuerdo a los artículos 1969, 1970 y 1985 del Código Civil, para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, deben concurrir los siguientes requisitos: a) la antijuridicidad de la conducta, b) el daño causado, c) la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño producido y , d) los factores de atribución.

2.6.1.- La Antijuridicidad

Es todo comportamiento humano que causa daño a otro mediante acciones u omisiones no amparadas por el derecho, por contravenir una norma, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Las conductas que pueden causar daños y dar lugar a una responsabilidad civil pueden ser:

a. Conductas Típicas.- Cuando están previstas en abstracto en supuestos de hecho normativo. Es decir la conducta contraviene una norma.

b. Conductas Atípicas.- Aquellas que no están reguladas en normas legales, pero vulneran el ordenamiento jurídico. La conducta contraviene valores y principios.

La antijuricidad genérica es aceptada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, porque incluye las conductas típicas y atípicas.

Nace la obligación de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante:

- a) Un comportamiento no amparado en el derecho,
- b) Por contravenir una norma de carácter imperativo,
- c) Por contravenir los principios que conforman el orden público o
- d) Las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres.

Resulta evidente que siempre es necesaria una conducta antijurídica o ilegítima para poder dar nacimiento a la obligación de indemnizar.

Se entiende, entonces, que la antijuridicidad es toda manifestación, actitud o hecho que contraría los principios básicos del derecho, por lo cual el autor del daño no será responsable si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo lícito.

a. Hecho Ilícito.- Son todas aquellas acciones u omisiones que son contrarias al ordenamiento jurídico. TORRES VASQUEZ señala que la ilicitud se deduce del Art. V del Título Preliminar del Código Civil que dispone que “es nulo el acto jurídico contrario a las leyes imperativas que interesan al orden público y a las buenas costumbres”

señalando que la distinción entre lo lícito o ilícito se debe más que a la naturaleza voluntaria del acto, a la naturaleza de las consecuencias. La acepción subjetiva de ilicitud es acogida en el Código Civil al regular la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Con relación a la responsabilidad extracontractual la obligación de indemnizar surge, no del incumplimiento de una obligación jurídica preexistente, sino del mero hecho de haberse causado el daño, la relación jurídica nace recién con el daño causado. Y establece los elementos de la ilicitud:

- La voluntariedad del acto
- La reprobación del ordenamiento jurídico
- Dolo y culpa

Nuestro ordenamiento jurídico establece como responsabilidad subjetiva, aquella 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” (Art. 1969 C.C).

Podemos afirmar que es doloso cuando contraviene un deber y el culposo cuando ha sido realizado sin voluntad de causar daño por negligencia (descuido, imprudencia, impericia).

La responsabilidad subjetiva es el principio rector de la responsabilidad extracontractual, pero admite también una responsabilidad objetiva en su Art. 1970 “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”.

Responsabilidad Subjetiva - acto ilícito - dolo o culpa

Responsabilidad Objetiva -acto lícito - riesgo o peligro.

A efectos de no caer en confusión es necesario marcar diferencias en relación a la responsabilidad penal:

El proceso penal nacional, regulado por el Código de Procedimientos Penales, acumula obligatoriamente la pretensión penal y la pretensión civil. El objeto del proceso penal, entonces es doble, el penal y el civil. Así lo dispone categóricamente el Art. 92 del Código Penal “La reparación civil se determina conjuntamente con la pena”, y su satisfacción, más allá del interés de la víctima – que no ostenta la titularidad del derecho

de penar, pero tiene el derecho a ser reparada por los daños y perjuicios que produzca la comisión de un delito – debe ser instado por el Ministerio Público, tal como lo prevé el artículo 1 de su Ley Orgánica.

El objeto civil se rige por los artículos 54° al 58°, 225.4, 227 y 285 del Código de Procedimientos Penales y los artículos 92 al 101 del Código Penal – este último precepto remite, en lo pertinente, a las disposiciones del Código Civil “la reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil”.

A partir de esas normas, nuestro proceso penal cumple con una de sus funciones primordiales, la protección de la víctima y el aseguramiento de la reparación de los derechos afectados por la comisión de un delito en cuya virtud garantiza “(...) la satisfacción de intereses que el Estado no puede dejar sin protección”

La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal está regulada por 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 la responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: El acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir de la cual surgen las diferencias respecto de 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 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 y el delito infracción/daño, es distinta); el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.

Desde la perspectiva del daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto 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 del patrimonio dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir –menoscabo patrimonial; como daños extra patrimoniales circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales – no patrimoniales – tanto en las

personas naturales como jurídicas – se afectan como acota ALASTUEY DOBON, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno.

En consecuencia no es procedente, el que se constituya en parte civil en el proceso penal, no puede solicitar la reparación en la vía civil, puesto que en el proceso penal se tramita acumulativamente la reparación civil. La reparación civil fijada en la vía penal surte efectos sobre el agraviado que se constituyó en parte civil.

La reparación civil no es diferente de la indemnización, pero es más amplia pues incluye a la indemnización por daños y perjuicios y además la restitución del bien o el pago del valor cuando la restitución no es posible.

El plazo de prescripción dispuesto en el artículo 100° del Código Penal no afecta el plazo de prescripción extintiva de la acción en materia civil, pues este plazo no corre mientras no se extinga la acción penal, lo cual no quiere decir que prescrita la acción penal se compute a partir de ahí el plazo de dos años de la prescripción de la acción civil.

b. El Hecho Abusivo.- En torno al hecho abusivo se han desarrollado una serie de discusiones teóricas, las han intentado de precisar los criterios que los analistas de la responsabilidad civil deben de tener en cuenta para establecer cuando estamos ante un hecho de tal naturaleza.

En el desarrollo de estos derechos observamos que el titular puede tener dos actitudes anormales, que se excedan de los límites de la funcionalidad del derecho, lo que implica “ir más allá” que dará lugar a perjuicios a otro particular.

c. El Hecho Excesivo.- Para muchos tratadistas el hecho excesivo no debe ser regulado en forma independiente del hecho abusivo, dado que ambos responden a una lógica idéntica.

2.7.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DEL HECHO DAÑINO.

Nuestra legislación prevé como causa de exoneración de responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad.

El ejercicio regular de un derecho.- Para Juan ESPINOZA tiene su origen en la antigua formula romana “qui suo iure utitur neminem laedit”. Así el que viola un derecho ajeno en el ejercicio de su propio derecho, no actúa antijurídicamente y, por ende, ninguna responsabilidad le incumbe por los daños que pudiere ocasionar.

CAPITULO III

EL DAÑO

3.1.- REQUISITOS DEL DAÑO

Es la lesión a un interés jurídicamente protegido. Sin daño o perjuicio no hay responsabilidad civil, puesto que el objetivo primordial de la misma es precisamente la indemnización o resarcimiento del daño causado.

Todo daño a efectos de ser indemnizado debe ser cierto, esto implica que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia, tal como lo exige además nuestra legislación, ya en el plano procesal, así el Art. 424° del Código Procesal civil hace referencia a los fundamentos de hecho, de derecho y a los medios probatorios.

Doctrinariamente se exige que el daño sea cierto o real, esto es, efectivo. El daño futuro también es indemnizable, en la medida que sea real, esto es, que necesariamente se tenga que producir. En cambio el daño eventual no es indemnizable porque no es cierto, se entiende por daño eventual al hipotético, fundado en suposiciones.

El daño indemnizable debe ser directo, debe provenir directamente del hecho del autor o del incumplimiento de una obligación contractual. El daño indirecto no se indemniza jamás, porque no existe nexo causal entre el incumplimiento o el hecho dañoso por un lado, y el daño por el otro.

Finalmente el daño moral es indemnizable en ambas responsabilidades entendiéndose por tal a toda molestia, angustia, dolor o sufrimiento de la víctima, aunque no tenga una apreciación pecuniaria.

Cabe señalar que en la responsabilidad extracontractual los daños imprevistos no se indemnizan jamás: “la previsibilidad de los daños no tiene cabida en la responsabilidad delincidental o culposa, puesto que al ejecutarse el hecho dañoso no existe un vínculo jurídico previo que ligue al dañador con la víctima.

Los requisitos son:

a) Afectación personal del daño

En todo supuesto indemnizatorio se verifica la existencia de una relación entre el sujeto responsable y la víctima, siendo esta última la llamada a solicitar la reparación por haberse perjudicado su interés.

La presente necesidad se complementa con la exigencia establecida en el Art. 424 del Código Procesal Civil de identificar al sujeto demandante y al demandado, es decir en correspondencia que en materia procesal está considerada como una condición de acción.

El daño se va concebir como el menoscabo de un interés, diferenciándolo con el bien jurídico que es concretamente afectado, por ende, la víctima no necesariamente va ser el afectado en forma concreta, sino también cuyo interés se ve perjudicado.

3.2.- CLASIFICACION DEL DAÑO

El daño se clasifica en:

A. DAÑO PATRIMONIAL.- Viene a ser la lesión de derechos de naturaleza económica o material que debe ser reparado, por ejemplo: la destrucción de una computadora.

Se clasifica a su vez en:

Daño emergente.- Viene a ser la pérdida patrimonial como consecuencia de un hecho ilícito, implica siempre un empobrecimiento, comprende tanto los daños inmediatos como los daños futuros, pues no siempre las consecuencias van a ser inmediatas. Es en consecuencia la disminución de la esfera patrimonial. Ejemplo: la factura de los medicamentos a consecuencia de una intervención quirúrgica, el costo de las terapias de rehabilitación que son gastos inmediatos y futuros.

• **Lucro Cesante.-** Se entiende como ganancia dejada de percibir o el no incremento en el patrimonio dañado, mientras que en el daño emergente hay empobrecimiento en el lucro cesante hay un impedimento de enriquecimiento legítimo. Por ejemplo, a consecuencia de una defectuosa intervención quirúrgica el

agraviado no podrá seguir trabajando, por lo que está dejando de percibir ganancias que normalmente hubiera obtenido.

B. DAÑO EXTRAPATRIMONIAL.- Viene a ser el daño ocasionado a la persona en sí misma, dentro de la cual se encuentra el daño moral y a la persona.

a. Daño moral.- Es el daño no patrimonial que se entiende como una lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor, afección o sufrimiento, ejemplo la pérdida de un ser querido como consecuencia de un accidente de tránsito con consecuencia fatal. Es la lesión o cualquier sentimiento considerado socialmente legítimo.

Existen dos grandes problemas con referencia al daño moral: cómo acreditarlo y cómo cuantificarlo.

La jurisprudencia asume que en los casos de fallecimiento de una persona, el cónyuge y los hijos sufren necesariamente un daño moral.

Respecto a cuantificarlo si bien no existe una suma de dinero que pueda reparar la pérdida de un ser querido, el artículo 1984 expresa que el monto indemnizatorio debe ir acorde con el grado de sufrimiento de la víctima y la manera como ese sufrimiento se ha manifestado en la situación de la víctima y su familia en general.

Daño moral. Fijación del monto indemnizatorio: El monto indemnizatorio por el daño moral debe ser fijado prudencialmente teniendo en cuenta la condición de mujer de la actora y lo que las cicatrices pueden causar en el ánimo de la persona, las que desaparecerían de alguna manera con operaciones quirúrgicas.

b. Daño a la persona.- Viene a ser el daño que lesiona a la persona en sí misma estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial. Afecta y compromete a la persona en cuanto en ella carece de connotación económica-patrimonial.

Ambas categorías de daño patrimonial y extrapatrimonial están referidas tanto a la responsabilidad contractual y extracontractual. En cuanto a las diferencias

de matiz de regulación legal, el sistema jurídico nacional en lo que respecta al daño extracontractual, ha consagrado legalmente en el artículo 1985 del Código Civil el criterio de reparación integral de los daños, a diferencia del ámbito contractual, en el cual solo se reparan o indemnizan únicamente daños directos según dispone el artículo 1321°.

3.3.- NEXO CAUSAL O RELACION CAUSAL

Podemos definirla como el nexo o relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa efecto, esta relación causal nos permitirá establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cuál es aquel que ocasiona el daño que produce finalmente el detrimento, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados los cuales merecerán ser reparados. Nuestra legislación hace uso del criterio adoptado en la teoría sobre la relación causal, plasmada en nuestro Código Civil vigente, y está presente también en nuestra jurisprudencia.

Causalidad Adecuada.- Recogida por la Responsabilidad Civil extracontractual. Para que una conducta sea adecuada de un daño es necesario que concurren dos aspectos:

a) un factor in concreto, debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material, lo que significa que en los hechos la conducta debe haber causado daño, es decir, el daño causado debe ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor.

b) Factor in abstracto, para que exista una relación de causalidad adecuada, este factor se entiende como la conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir según el acontecimiento ordinario de los acontecimientos debe ser capaz de producir daño, si la respuesta es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido con el factor in concreto.

En consecuencia es necesaria la concurrencia de los factores para que se configure una relación de causalidad adecuada.

3.3.1. Fractura Causal

Elimina la responsabilidad subjetiva si ha mediado caso fortuito o hecho determinante de tercero o hecho determinante de la víctima, nos encontramos ante una ausencia de culpa por parte del aparente causante. Por lo cual si el presunto autor prueba que han mediado las circunstancias antes mencionadas, no será obligado a la reparación del daño.

La fractura causal se configura cada vez que un determinado supuesto presenta un conflicto entre dos causas o conductas sobre la realización de un daño, el cual será resultado de una de las conductas.

En todo supuesto de fractura causal una de las conductas o causas habrá producido el daño, y la otra habrá llegado a causarlo justamente por haber sido consecuencia de la otra conducta.

Las conductas que no han llegado a causar daño se denominan causa inicial mientras que la conducta que si llegó a causar el daño se denomina causa ajena. Todo supuesto de fractura implica, un conflicto entre la causa ajena y la causa inicial, siendo el daño consecuencia de la causa ajena y no existiendo ninguna relación de causalidad respecto de la causa inicial.

Significa entonces que la causa ajena es un mecanismo jurídico para establecer que no existe responsabilidad civil a cargo del autor de la causa inicial justamente por haber sido el daño consecuencia del autor de la causa ajena.

Por lo cual cada vez que se intente atribuir a un sujeto una responsabilidad civil extracontractual por la supuesta producción de un daño, este tendrá la posibilidad de liberarse de la responsabilidad si logra acreditar que el daño causado fue consecuencia no de su conducta, sino de una causa ajena (es decir de otra causa), la cual puede ser el hecho determinante de un tercero o del propio hecho de la víctima, o bien un caso fortuito o de fuerza mayor.

El artículo 1972 del CC describe los tres únicos típicos de fracturas causales que nuestra legislación admite:

- a. caso fortuito
- b. hecho determinante de tercero y
- c. hecho determinante de la víctima

El Caso Fortuito y la Fuerza Mayor

“Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consiste en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” (Art. 1313 CC).

Conforme se evidencia la citada norma no hace diferencia entre caso fortuito o fuerza mayor.

Doctrinariamente se entiende como caso fortuito un hecho natural que impide el cumplimiento de una obligación o que en materia extracontractual genera un daño; fuerza mayor se vincula a la intervención irresistible de la autoridad (acto del príncipe)

Fernando de Trazegnies la noción de caso fortuito o fuerza mayor solo es relevante en el campo de la responsabilidad objetiva, porque, tratándose de responsabilidad subjetiva, todas las situaciones comprendidas en el caso fortuito se hayan excluidas de tal responsabilidad por el simple hecho que carece de culpa. En consecuencia la responsabilidad subjetiva solo responsabiliza a quien tiene culpa, estos casos quedan exentos; y ya no será necesario hablar de caso fortuito o de fuerza mayor, porque basta demostrar la simple ausencia de culpa para quedar libre de responsabilidad.

Dentro de nuestro ordenamiento, en ambos casos lo esencial es lo mismo, se trata de una fuerza ajena extraordinaria, imprevisible e irresistible. Y para todo efecto práctico, nuestro ordenamiento civil considera el caso fortuito y la fuerza mayor como conceptos análogos, que tienen consecuencias similares: la exoneración de la responsabilidad.

El hecho determinante de un tercero

Viene a ser otro caso de fractura del nexo causal. Que no debe ser tratado como un caso de ausencia de culpa, en este caso se debe a la liberación de una eventual responsabilidad acreditando que el daño obedeció a un hecho determinante de un tercero.

La regla contenida en el artículo 1972 ha querido exonerar de responsabilidad a quien no fue autor de un daño, es decir liberar al presunto agente cuando el verdadero productor del daño fue un tercero, lo cual no significa que cualquier hecho de un tercero exime de responsabilidad; porque si así fuera no habría responsabilidad objetiva.

En realidad tanto en el caso fortuito como en el hecho determinante de tercero son casos de fuerza mayor. La diferencia se da en que el caso fortuito es una fuerza anónima, mientras que el hecho de un tercero y el hecho de la víctima, tienen un carácter de fuerza mayor con el autor. Este carácter de “hecho de autor” da lugar a que no se cancele la responsabilidad extracontractual, simplemente se desplaza del presunto causante al verdadero causante. Es un hecho determinante que exonera de responsabilidad a una persona en particular a quien se le creía causante, pero no establece que no hay responsabilidad sino que otra persona es identificada como el "autor del daño"; y es contra ella que se vuelve la institución de la responsabilidad extracontractual.

El hecho determinante de un tercero debe imponerse sobre el presunto causante con una fuerza que aniquile su propia capacidad de acción y para que tenga un efecto exoneratorio, tiene que revertir también las características de imprevisibilidad e irresistibilidad.

3.3.2. Concausa

Regulado por el artículo 1973° del Código Civil, en este caso el daño es siempre consecuencia de la conducta del autor, pero con contribución o participación de la propia víctima, tratándose de un supuesto totalmente distinto al de la fractura causal.

Se da un supuesto de concausa, cuando la víctima contribuye con su propio comportamiento a la conducta del autor o a la realización de un daño; en este caso el daño no es consecuencia única y exclusiva de la conducta del autor, sino que la propia víctima ha contribuido y colaborado objetivamente a la realización del mismo, el cual no se hubiera producido de no mediar el comportamiento de la propia víctima.

3.3.3. Concurrencia de Causas

Finalmente en el caso de que se dé la concurrencia de causas, denominado también pluralidad de causas o coautores (en los cuales dos o más sujetos, mediante una conducta común o a través de conductas singulares, causa un mismo daño). En este caso se trata del supuesto en que el daño no es consecuencia de la conducta de un solo sujeto, sino de la conducta de varios sujetos, se encuentra previsto en el artículo 1983° del Código Civil y el efecto es que son solidariamente responsables. Cuando no sea posible discriminar o

distinguir el diferente grado de participación, la indemnización se distribuirá entre ellos en partes iguales.

3.4.- FACTORES DE ATRIBUCION

Podemos resumir los factores de atribución ¿a título de qué es responsable? Viene a ser el fundamento del deber de indemnizar, existe dos sistemas de responsabilidad: el sistema subjetivo y el sistema objetivo, cada uno de ellos fundamentados en distintos factores de atribución denominados factores de atribución subjetiva y objetivos.

DOLO-----DIRECTO
SISTEMA SUBJETIVO EVENTUAL

CULPA-----OBJETIVA
SUBJETIVA
SISTEMA OBJETIVO RIESGO CREADO

A. SISTEMA SUBJETIVO.

Dolo

El derecho tiene diversas acepciones. En sentido lato significa una idea de mala fe, malicia, fraude, daño.

Por ello entendemos como dolo como la voluntad o el animo deliberado de la persona del causar el daño, coincide con el artículo 1318º del Código civil en lo referente al incumplimiento de la obligación.

Se presenta desempeñando una triple función:

- Dolo como vicio de la voluntad, es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir con la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no se habría realizado o lo hubiera sido en condiciones diferentes. En este caso

puede ser el dolo que falsea la intención del agente y que este puede aducir para obtener la anulación de un acto celebrado con ese vicio.

- En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que deriva de un hecho.
- El incumplimiento de la obligación, el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para inejecutar la prestación debida.
- Es un concepto que ha tomado la responsabilidad civil, y que normalmente se había confinado al campo penal y puede ser:

Dolo Directo.- En esta el sujeto actúa para provocar el daño. Cuando el propósito va dirigido a un fin.

Dolo Eventual.- En el cual no se actúa para dañar, pues la persona obra aunque se represente la posibilidad de un resultado dañoso, que no descarta. Asume el riesgo de que su conducta pueda causar un daño.

Ejemplo:

Juan conduce un vehículo a excesiva velocidad, asumiendo que con esa conducta puede ocasionar un accidente, sin embargo no hace nada para asumir la responsabilidad.

Culpa

Es la creación de un riesgo injustificado y para evaluar si ese riesgo sea justificado o no, se necesitará confrontarlo con la utilidad social de la actividad a la cual este se refiere, teniendo en cuenta el costo de la remoción de este; cuando más grande es la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo creado.

La culpa es el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad civil (fluye, emana claramente del art. 1969º C.C); y ante la dificultad de probar la culpa del autor, es decir, dado lo difícil que es conocer el aspecto subjetivo del autor, nuestro ordenamiento ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, de tal modo que la víctima ya no estará obligado a demostrar la 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 presume la culpa del autor del daño causado.

- **Culpa Objetiva o Culpa in abstracto.**- Viene a ser la culpa por violación de las leyes, cuando el ordenamiento determina el parámetro de comportamiento y si la persona no cumple es responsable. Un ejemplo clásico es el art. 961º del Código Civil. El criterio de la normal tolerancia sirva para determinar si hay o no culpa.

- **Culpa Subjetiva o culpa in concreto.**- Se basa en las características personales del agente, y un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 1314º. Este tipo de culpa engloba a la imprudencia (el sujeto hace más de lo debido) y a la negligencia (el sujeto hace menos de lo debido).

En la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, se suele diferenciar diversos grados de culpa:

- **Culpa grave.**- (art. 1319 CC) definido como culpa inexcusable y viene a ser el no uso de la diligencia que es propia de la mayoría de las personas. Ejemplo: se deja a una persona a cargo de un almacén, deja abierta las puertas de noche y roban los productos.

- **Culpa leve.**- Es la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

B. SISTEMA OBJETIVO

Riesgo Creado

De acuerdo al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española “riesgo” es una contingencia o proximidad de un daño, y de otro lado, define la palabra peligroso como “que tiene riesgo o puede ocasionar daño”. Para la doctrina el riesgo creado viene a ser el riesgo adicional al ordinario tales como: automotores, artefactos eléctricos, cocinas de gas, ascensores, diversas armas de fuego, insecticidas, medicamentos, actividades industriales.

Todo este tipo de bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues deberá bastar con acreditar el daño producido, la relación de causalidad y que se trate de un bien o actividad que suponga un riesgo adicional al normal y común, por lo que merece la calificación de “riesgosos”. Haya sido el autor culpable o no, igualmente será responsable por haber causado el daño mediante una actividad riesgosa o peligrosa.

Se observa entonces que la ausencia de culpa no sirve como mecanismo liberador de responsabilidad civil, adquiriendo por el contrario importancia fundamental la noción de causa ajena o fractura causal.

El sistema objetivo de responsabilidad civil no pretende que los daños que se hayan causado a través de bienes o actividades riesgosas, no exista la culpa del autor, lo que se pretende es la total abstracción de la culpa o ausencia de la culpa del autor, de tal modo que la existencia de culpa o no sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, debiendo acreditarse la relación causal, la calidad del bien o la actividad como una riesgosa.

Cabe agregar que la calificación de un bien o actividad riesgosa o peligrosa no depende de las circunstancias de un caso concreto en particular, pues de ser así cualquier actividad podría ser considerada riesgosa. Esta calificación depende del riesgo que supone el uso socialmente aceptado del bien o actividad de que se trate, siempre y cuando su uso suponga un riesgo adicional al común y ordinario, como sucede con las armas de fuego o con los vehículos.

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL GENERADA POR EL DELITO

La responsabilidad civil proveniente del delito, tiene como fuente al hecho delictivo (delito o falta); a diferencia de la responsabilidad contractual, en las acciones delictivas no existe una vinculación previa entre al agente o responsable civil y la víctima o agraviado, estos resultan vinculados por primera vez con la comisión del hecho delictivo causante del daño. Consecuentemente, al causarse un daño a través de estas acciones, se infringe el principio general de no causar daño a nadie. Siendo así, este tipo de daños comparte la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual. Por tanto, los daños causados por el delito, que dan origen a la llamada reparación civil, constituyen una especie de responsabilidad extracontractual, la que en este caso resulta ser el género. Debiendo precisarse que el hecho de que la acción delictiva quede además, sujeta a la responsabilidad penal, no cambia para nada la naturaleza de la reparación civil, la única particularidad en este caso, es la forma como se va a exigir judicialmente la realización o ejecución de la reparación y la autoridad ante la cual se va a exigir. Pues, tal como refiere la doctrina, las legislaciones y la jurisprudencia, los bienes jurídicos pueden estar protegidos desde el ámbito civil o desde el ámbito penal y cuando el hecho constituye delito ordinariamente queda sujeto a ambas esferas de responsabilidad (penal y civil) ; en este último caso, para la resolución del conflicto creado por la acción delictiva, operan ambos sectores del derecho, el penal orientado por el interés público de prevenir futuras acciones a través de la imposición de la pena y el civil orientado a satisfacer el interés privado del perjudicado a través del resarcimiento del daño.

Sin embargo, como quiera que la pretensión resarcitoria se ejercita en el proceso penal conjuntamente con la pretensión punitiva del Estado, se discute su naturaleza tanto desde la perspectiva procesal así como sustantiva, debatiéndose si se trata de una sola relación procesal, de la concurrencia de acciones autónomas e independientes, de una acción principal y una eventual o accesorio, o desde un punto de vista sustantivo, si la pretensión discutida en la acción resarcitoria pierde su naturaleza privada en el proceso penal para convertirse en una consecuencia jurídico penal o conserva su naturaleza privada.

4.1.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN CIVIL

En cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de la reparación civil o resarcimiento del daño ocasionado por el delito, se han elaborado una serie de criterios que sin haber logrado unanimidad o aceptación mayoritaria han contribuido al debate sobre el tema y han orientado el diseño de las estructuras normativas plasmadas en las diversas legislaciones. Aun cuando estos criterios o propuestas son más o menos dispares, podemos sintetizarlos clasificándolos en dos; los que vinculan a la reparación civil a las consecuencias jurídicas penales y los que la acercan o le adjudican una naturaleza privada, esto es como una especie de la responsabilidad civil extracontractual.

4.1.1.- La reparación civil como sanción jurídico-penal

Hay autores que han considerado que en sede penal la reparación civil constituye una sanción jurídico penal, la misma que cumple una finalidad propia de la pena y puede imponerse conjuntamente con esta o sustituirla en algunos casos; 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 seguridad. En este sentido se pronuncian Reyes Monterrel, González Rus, Puig Peña y Molina Blázquez; a este criterio también se refieren GRACIA MARTÍN, SILVA SÁNCHEZ y ROXIN. En nuestro país hace referencia a esta corriente Julio RODRÍGUEZ DELGADO. Al parecer, esta posición seguiría la línea desarrollada por MERKEL, quien hace ya muchos años, sostenía que la obligación de indemnizar el daño ex delicto, la de restituir y la coacción directa para reponer un estado de cosas ‘sirven para el mismo fin que la pena; criterio que sería el mismo que manejaron FERRI y GARÓFALO desde una perspectiva positivista, tal como refiere SOLER y lo ratifica VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

Esta posición (reparación como ‘pena), aun cuando es tomada en cuenta para efectos expositivos, no resulta sostenible, siendo pocos los autores modernos que la hacen suya actualmente (tal sería el caso de MOLINA BLÁZQUEZ, citado por ALASTUEY DOBÓN), ya que las diferencias que existen entre la pena y la reparación (las mismas que son admitidas ahora sin mayor discusión) resultan evidentes, por ello esta posición puede desecharse sin mayores problemas. Pues no se advierte con claridad, cómo es que la reparación cumpliría una finalidad propia de la pena. Más aún, si como refiere ROXIN: “[...] aun partiendo desde el punto de vista de las teorías preventivas, se puede hacer valer que el efecto preventivo es igual a cero; si por ejemplo, el ladrón debiera devolver solo la

cosa hurtada o el estafador el dinero obtenido fraudulentamente. Si el autor supiera que él, en caso de fracasar, solo necesitará restituir el status quo ante, cesaría todo riesgo; él, por la comisión del hecho, solo puede ganar, nunca perder, de manera tal que una limitación a la reparación aniquilaría el fin preventivo —especial de la amenaza penal. También desde el punto de vista preventivo— general la mera reparación, como reacción a las violaciones jurídicas, significaría antes bien una invitación a intentar alguna vez robar o estafar, pues en el peor de los casos la amenaza consistiría en la devolución de lo conseguido, cuya eventualidad no haría desistir a nadie de un plan delictivo a medio camino, que promete éxito”.

Una posición de esta naturaleza solo tendría cabida en una concepción que no incide propiamente en la reparación del daño específico, es decir en el daño causado a la víctima en concreto (víctima actual) sino por el contrario, que persigue satisfacer a una víctima abstracta o en potencia o a la sociedad en general, cumpliendo de este modo, fines públicos propios de la pena, que creemos, no se condice con la verdadera concepción del resarcimiento del daño.

Según este criterio, la reparación como pena, operaría aunque no se hubiera causado un daño resarcible, inclusive, no habría ningún problema para imponerla en casos de delitos de peligro abstracto o de tentativa sin resultado lesivo, pues la reparación ya no se sustentaría en el daño ocasionado sino en fines propios de la pena; en estos casos ya no se hablaría propiamente de reparación civil, sino de ‘reparación penal’, tal como lo hace SILVIA SÁNCHEZ.

Otra perspectiva dentro de esta misma postura, que concibe a la reparación como consecuencia de naturaleza penal, aun cuando no la ubica como una pena más, es aquella que considera a la reparación como una consecuencia a la cual se le asigna nuevos fines en el Derecho penal, junto a los fines tradicionales de la pena. Este criterio tampoco aporta mayores elementos importantes al debate y tal como indican GRACIA MARTÍN, SILVIA SÁNCHEZ y ROXIN, también puede ser fácilmente descartado.

Sin embargo, la variante de esta postura, que vincula a la reparación con las consecuencias jurídico penales, que resulta importante y de actualidad en el debate doctrinario y jurisprudencial (dado el elevado nivel de argumentación y el hecho de ser sostenida, entre otros, por importantes penalistas como ROXIN y SILVIA SÁNCHEZ), 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” , “[...] que junto a la primera y la segunda (penas y medidas), ha de contribuir a los fines convencionales del Derecho penal” . Esto es, se atribuye a la reparación efectos preventivos, tanto desde el punto de vista preventivo general así como especial, y tal como refiere ROXIN, “[...] su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de vista aquí defendido, reprivatización alguna del derecho penal, promoción alguna de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla”. Agrega el penalista alemán, 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 jurídico 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 serios habrían 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”. 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 actual. Estos criterios tal como refiere SILVIA SÁNCHEZ, tendrían como fundamento el hecho que “[...] en muchas ocasiones la reparación ‘penal’ alcanza los fines de pacificación requeridos precisamente porque es penal’ y se dilucida en el marco de un proceso con la carga simbólica que tiene el proceso penal. Todo ello puede expresarse, en resumen, señalando que desde la perspectiva del Derecho penal, la reparación tiene más que ver con el autor y con la norma (con la colectividad) que con la víctima en sí misma; más con la resocialización y con la prevención de integración que con la indemnización. Más con la renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada que con el pago de una obligación. Aquello sería lo esencial; esto, lo accidental”.

En síntesis, tomando en cuenta los criterios esbozados por ROXIN y SILVIA SÁNCHEZ en los trabajos citados, podemos concluir que esta posición asume, fundamentalmente que:

1. 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’.
2. Entiende por prevención integrativa, aquella que consiste en una mezcla de elementos civiles y penales. Configura un elemento civil en la medida que asume la función de compensar el daño; y un elemento penal, cuando, sin haber compensado el daño puede quedar resuelto el conflicto entre el agente del delito y la sociedad, en la medida que el obligado hubiese realizado esfuerzos reparatorios serios orientados al resarcimiento; asimismo, en los casos de delitos contra la “generalidad” (sociedad o el Estado), puede atribuirse calidad reparatoria al trabajo de bien común.
3. La reparación está orientada a la satisfacción de intereses públicos más que particulares.
4. La reparación tiene que ver más con el autor y la vigencia de la norma que con el agraviado y el daño ocasionado.
5. La reparación tiene que ver más con la resocialización y prevención que con el pago de la obligación resarcitoria.
6. Finalmente, ya no se habla de reparación civil sino de ‘reparación penal’ a la que se le atribuye funciones de pacificación, al utilizar la carga simbólica del Derecho penal.

Si bien, como refiere GRACIA MARTÍN, esta postura constituye “[...] la propuesta más seria y sugestiva de integrar a la reparación en el sistema penal”, creemos que no contribuye al esclarecimiento y resolución del problema generado por el daño causado por el delito. Por el contrario, distorsiona la concepción propia de la reparación, que como su propio nombre lo indica, es civil, y le resta todo rendimiento práctico a dicha institución jurídica, al dejar de lado a la víctima real y actual del delito. Inclusive no contribuye a la pacificación al propiciar que los daños concretos y la víctima real queden sin reparar o satisfacer. Es por ello que consideramos que no resultan convincentes los argumentos de esta concepción para explicar la naturaleza de la reparación civil proveniente del delito, tal como pasamos a explicar.

Así, respecto al primer punto se puede sostener que, considerar a la reparación entre las consecuencias jurídico penales o atribuirle naturaleza propia del Derecho penal, implica asumir una concepción del Derecho o del ordenamiento jurídico, en donde todos los conflictos socio-jurídicos deben resolverse recurriendo al Derecho penal, esto es, asumiendo una concepción totalizadora del Derecho penal, en la que se desconoce uno de sus principios básicos, su carácter subsidiario y de última ratio, y sobre todo, se olvida que para resolver los conflictos sociales rige el ordenamiento jurídico en su conjunto (con todas sus ramas y especialidades) y no únicamente el Derecho Penal.

Esta posición, inclusive, asume que los únicos elementos del control social lo constituirían los instrumentos jurídico penales³⁰, 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 de responsabilidad civil), del Derecho administrativo (a través de la atribución de responsabilidad administrativa), etc.; y solo excepcionalmente se recurre al control proveniente del Derecho penal. Es más, integran el control social las prácticas y actuaciones no jurídicas provenientes de la moral, la educación, los usos y las buenas costumbres sociales. Por tanto, todas estas disciplinas, elementos o prácticas sociales cumplen un rol en el marco del control social. Por ello, un acto antisocial, antijurídico o lesivo, es enfrentado por la sociedad, poniendo en juego todos los elementos del control, sean estos jurídico-formales o informales; es decir, actúa todo el Derecho (con sus múltiples disciplinas) pudiendo inclusive, recurrir a elementos meta jurídicos. De hecho, en muchos casos, los elementos no jurídicos pueden jugar un rol más efectivo que los propios mecanismos jurídicos; tal sería el caso de la reprobación social proveniente de la comunidad o de la moral. Queda claro entonces, que ante la comisión de un delito, entra en juego todo el ordenamiento jurídico con sus múltiples ramas o especialidades, que todas estas buscan proteger los bienes jurídicos, y por tanto, en forma mediata o inmediata también cumplen finalidades preventivas (en cuanto constituyen formas o elementos de control).

Siendo así, 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 expresan. Consecuentemente, el hecho que la reparación cumpla finalidades preventivas no constituye ningún fundamento para

considerarla como una consecuencia jurídico-penal del delito o para fundamentar la llamada prevención integrativa o una ‘tercera vía; por el contrario, dicha función preventiva de la reparación, constituye parte de las funciones del Derecho de Daños, tal como expresa DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN y se ha demostrado, con abundante información bibliográfica, al tratarse en este trabajo las funciones de la responsabilidad civil. Así las cosas, no podemos pretender atribuir naturaleza penal a todas las instituciones jurídicas, propiciando, innecesariamente, una expansión del Derecho penal, a tal punto de desconocer los fines y funciones de las demás ramas del Derecho, así como tampoco se lo puede erigir en el único mecanismo de resolución de los conflictos sociales, contradiciendo su carácter subsidiario y naturaleza de ultima ratio.

En cuanto al segundo punto, referido a que la reparación, por contener elementos civiles y penales, cumple la función de prevención integrativa constituyendo una tercera vía, debe precisarse que, es absolutamente cierto que cumple finalidades resarcitorias, y precisamente por ello, queda fuera de toda discusión la configuración de su naturaleza civil. Sin embargo, no creemos que el simple esfuerzo reparatorio, pueda cumplir una finalidad propia de la reparación o de la pena (como sostiene ROXIN) ; pues respecto a la primera, el simple esfuerzo no tiene ningún significado o trascendencia, al no haberse realizado resarcimiento alguno, por más intentos que se hubiesen hecho; y respecto a la segunda, estos esfuerzos, efectivamente pueden reflejar el arrepentimiento del agente, pero ello debe ser considerado en la determinación de la pena concreta (como puede ser considerado cualquier otro supuesto de arrepentimiento que nada tenga que ver con el esfuerzo reparatorio), sin que ello signifique que dichos esfuerzos cumplen las finalidades de la pena y por ello, la reemplazan.

Siendo así, estos ‘esfuerzos reparatorios’ nada tienen que ver con la re-paración. Igualmente, el trabajo en bien común en los delitos contra la so-ciedad (generalidad al decir de ROXIN), efectivamente constituye una pena, pero no cumple una finalidad reparatoria, pues se repara o indemniza por la lesión o menoscabo a un bien jurídico cuya existencia es previa a la co-misión del hecho delictivo, y por ello, se realiza a favor del agraviado una prestación concreta destinada a compensar dicho menoscabo, cosa que no sucede con el trabajo a favor de la sociedad. Tanto más, si se tiene en cuenta que en los delitos contra la sociedad en su mayoría se trata de supuestos de peligro abstracto, en los mismos que por no haberse ocasionado concreta-mente un daño, no operaría la reparación civil. Salvo casos en que el peligro fuera de tal entidad que obligue al titular del bien

jurídico a realizar alguna acción orientada a la remoción del mismo, y esta actividad constituyese una erogación pecuniaria, en cuyo caso, la reparación civil tendrá que cubrir la compensación de estos costos.

Con relación al tercer punto, en el que se señala que la reparación satisface un interés público y no uno privado, creemos que ello únicamente 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, que a nuestro juicio, es la que interesa para efectos de la reparación. Pensar lo contrario, significaría simplemente desconocer la reparación civil como institución jurídica. Con este criterio se genera una confusión total entre la reparación y las medidas de naturaleza penal que en lugar de aportar criterios útiles para la solución del conflicto creado por el delito, contribuye a ensombrearlo y a restar importancia y rendimiento práctico a la institución de la reparación civil; resultando sintomático que se hable de “reparación penal” y no de la tradicional reparación civil. Con un criterio como este, a nuestro parecer, ni se satisface el interés público que busca la aplicación de la pena, así como tampoco el interés particular de la víctima. Pues, tal como refiere el propio ROXIN: “Y es que solamente cuando la víctima es indemnizada y se le restituye sus derechos, se puede decir que se ha restablecido el Derecho lesionado a través del delito, y con ello la paz jurídica”. Claro que estas aseveraciones las hace en el marco de su propuesta de la reparación como tercera vía, pero no deja de ser ilustrativa a este respecto.

Respecto al cuarto punto, en cuanto 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, creemos que con esta posición se desconoce la evolución del Derecho en general, especialmente del Derecho de la responsabilidad civil o de daños, significando la vuelta a períodos superados en que no se diferenciaba entre el Derecho civil y el Derecho penal, y donde la pena era la única reacción del Derecho frente al daño causado. En esta etapa del desarrollo del Derecho, se podía hablar de una “reparación penal”, pero actualmente están debidamente diferenciados el ámbito y funciones de la responsabilidad penal y el de la responsabilidad civil, no pudiendo confundirse uno con otro, sobre todo si normativamente se hace la correspondiente diferenciación en los diversos ordenamientos jurídicos, particularmente en el nuestro.

El quinto punto, relativo a que la reparación cumple funciones de resocialización, nos parece que más que una realidad constituiría un buen deseo, lo que de ninguna manera puede sustentar la concepción de la reparación con finalidades propias de la pena; pues en la práctica ni siquiera la pena ha cumplido esta finalidad y menos puede lograrla la reparación solo por el hecho de atribuirle, desde una perspectiva netamente teórica, fines jurídico penales. En todo caso, si el cumplimiento de la reparación por parte del agente del delito, cumpliera finalidades de resocialización tendríamos que concluir que es la responsabilidad civil en general la que cumple dichas finalidades, y no necesitaríamos etiquetar a la reparación como sanción jurídico penal para reconocerle tal atributo; con lo cual estaríamos pretendiendo prescindir de la responsabilidad penal, puesto que la responsabilidad civil ya estaría cubriendo sus fines y funciones.

Finalmente, y refiriéndonos al último punto, no creemos que en la realidad se produzca la ‘pacificación y renovada aceptación de la vigencia de la norma’, con el efecto simbólico del proceso penal sin el resarcimiento efectivo del daño ocasionado a la víctima en concreto (en todo caso, esta aseveración de Silva Sánchez no se sustenta en datos empíricos que le den consistencia, y no conocemos estudios en este sentido). Por el contrario, la colectividad se siente protegida por el ordenamiento jurídico y se restaura la vigencia de la norma contrariada por la conducta delictiva causante del daño, cuando este es reparado en forma específica a la víctima actual y concreta, y no a una víctima desconocida o en potencia o al interés de la sociedad concebida en abstracto, que por lo difuso que resulta, ni siquiera es posible determinar cuándo ha sido satisfecho en términos efectivos. Al respecto ESER refiere que “[...] la paz jurídica perturbada por el delito solo es verdaderamente restablecida cuando se le hace justicia no solo al autor sino también a la víctima”, criterio que como se ha dicho, en nuestro medio, se ha establecido normativamente. Claro que no se puede desconocer el interés de la colectividad en la reparación del daño ocasionado por el delito, pero este, tal como ya lo hemos expresado con anterioridad, consiste en un interés orientado a la reparación del daño a la víctima específica, y es con la debida reparación a esta como se satisface dicho interés. De otro lado, el recurso al efecto simbólico del Derecho Penal, no es visto con buenos ojos por la doctrina penal (por lo menos no en todos los casos), sobre todo en un ordenamiento jurídico garantista de los derechos fundamentales, tal como hace referencia el propio ROXIN.

En este sentido, conforme a las ideas vertidas por HIRSH y GRACIA MARTÍN entre otros, 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 no cumple las funciones de esta. Siendo el caso que, los sostenedores de esta postura, incurrirían en el despropósito de considerar al Derecho penal como el único instrumento del control social formalizado —ordenamiento jurídico— dejando de lado las demás ramas del derecho que también integran el control social formal, auspiciando de este modo una expansión irracional del Derecho penal, lo cual no se condice con la necesidad de un control penal garantista, razonable y eficaz. En suma, esta postura constituiría una perspectiva unilateral del problema, la misma que deja de lado todos los aspectos que no están comprendidos propiamente en el ámbito penal. Y peor aún, cuando se ha constatado la exigua eficacia del control penal, que aconseja optar por medidas alternativas a las soluciones penales.

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, de inmediato entran en acción diversos mecanismos y principios propios de la protección de los derechos fundamentales del procesado (quien va a ser sujeto de la pena), 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 sobre todo buscando reparar todos los daños que se puedan imputar al responsable.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la reparación civil (si convenimos en su naturaleza privada), puede fundarse en factores de atribución de responsabilidad objetivos e incluso, se puede atribuir responsabilidad en casos en que por la existencia de una causal de justificación, el hecho no resultara antijurídico; a la vez que se puede atribuir responsabilidad en supuestos de hechos fortuitos en casos de actividades especialmente peligrosas, o inclusive en supuestos de actos lícitos vinculados a la realización de

actividades o bienes riesgosos o peligrosos; asimismo, se puede amparar la reparación civil, aun en casos en que no se pueda individualizar debidamente al autor de los daños, en cuyo caso podrá cargarse su costo a la sociedad en su conjunto ; todo lo cual no sería posible si se concibiese a la reparación como sanción jurídico penal, con lo cual no se haría favor alguno a la tendencia moderna del sistema penal de rescatar a la víctima del delito.

De otro lado, atribuir naturaleza penal a la reparación civil, implicaría renunciar a una institución procesal importantísima desde la perspectiva del resarcimiento del daño ocasionado por el delito, como es el tercero civil, que quizás sea la única que ha funcionado eficazmente respecto a la reparación en los supuestos en que ha sido posible recurrir a dicha institución. Pues, como quiera que la consecuencia penal ordinariamente es personalísima, se dificultaría el llamado al tercero para que asuma solidariamente con el agente del delito, la reparación del daño. Igualmente, sería difícil solicitar la reparación del daño y eventualmente la restitución de los bienes objeto del delito, a los herederos del agente, precisamente por la naturaleza personalísima de la respuesta jurídico-penal.

Finalmente, considerar a la reparación como sanción jurídico-penal evidentemente resulta contrario a la justa pretensión resarcitoria del agraviado, pues de ser así, se haría depender a la reparación de la ‘culpabilidad’, dejando de lado la consideración del daño como elemento objetivo y de fácil apreciación. Igualmente, también se presentarían problemas para determinar la reparación en los casos en que la punibilidad quedase sujeta a alguna condición objetiva de punibilidad o algún supuesto de excusa absolutoria.

Consecuentemente, estamos convencidos que esta postura, pese al prestigio de muchos de sus sostenedores, debe descartarse. Por lo demás, en nuestro medio, la situación se ha resuelto claramente a favor del criterio que atribuye a la reparación naturaleza privada, como puede apreciarse del artículo 101 del Código Penal. Al respecto la doctrina nacional es totalmente mayoritaria, tal como refiere PRADO SALDARRIAGA, cuyo criterio lo consideramos como el más representativo a nivel nacional.

Es por ello que no encontramos explicación alguna a la decisión irreflexiva del Tribunal Constitucional peruano expresado en ciertas sentencias que han ensombrecido este panorama generando confusión y perplejidad entre los operadores jurídicos, al expresar, sin mayores fundamentos, que la reparación civil en el proceso penal adquiere

la calidad de sanción penal. Este criterio no ha sido asumido por la Corte Suprema, la que se ha pronunciado que la misma posee naturaleza privada.

4.1.2.- Naturaleza privada de la reparación civil

Descartada la naturaleza penal de la reparación civil, se yergue incólume la postura que sostiene que esta es de naturaleza privada. Pues, la naturaleza de esta institución no está determinada por el interés público de la sociedad sino por el interés particular y específico de la víctima o agraviado por el delito, y el hecho que se ejercite la acción civil en el proceso penal, nada dice respecto a la naturaleza de la pretensión discutida. En este sentido, TERRAGNI en la doctrina argentina, refiere que los criterios que trataron de llevar la naturaleza de la obligación resarcitoria al campo penal no han prosperado y han quedado relegados en el tiempo, en igual sentido se pronuncian NÚÑEZ, SOLER, etc. Igualmente, Carlos CREUS, aun cuando hace referencia a la pretensión y no propiamente a la reparación en sí (pero sin hacer distinguos), refiere: “[...] el hecho de la inserción de la acción civil en el proceso penal, nada dice contra el carácter privado de la pretensión que por medio de ella se hace valer. Esa inserción no cambia el carácter de la acción civil que, desde el punto de vista de la pretensión que la alienta, sigue siendo civil y privada. En otras palabras [...] la acción resarcitoria no integra el sistema represivo del delito, permanece en la esfera privada. En la doctrina Alemana este criterio es sostenido fundamentalmente por HIRSH⁴⁰⁴. En la doctrina española se adhieren a este punto de vista un buen número de autores connotados⁴⁰⁵, inclusive se sostiene que este es el criterio casi unánime. Finalmente, en la doctrina Colombiana se maneja este criterio, tal como puede verse de las aseveraciones de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

En nuestro medio el contenido privado de la reparación civil, es prácticamente unánime; así, PRADO SALDARRIAGA, rechaza todo intento de considerar a la reparación civil como pena u otro tipo de sanciones jurídico- penales, pronunciándose a favor de su naturaleza privada y resarcitoria. Por su parte, SAN MARTÍN CASTRO refiere que: “La naturaleza de derecho de realización del Derecho Procesal Penal no puede ‘sustituir’ o ‘transformar’ lo que por imperio del Derecho material es privado, en tanto se sustenta en el daño causado, producto de un acto ilícito”; y citando a BASALLO SAMBUCETI agrega “[...] la obligación de reparación por el daño material o moral causado, supone un deber jurídico que escapa a la esfera integral del Derecho Penal. De

hecho, se trata de una obligación de naturaleza básicamente patrimonial y con objetivos expresamente indemnizatorios”. El mismo criterio esboza CASILLO ALVA así como otros autores nacionales. Por nuestra parte este criterio lo hemos sostenido y fundamentado en todos nuestros trabajos, especialmente en la segunda edición de nuestro trabajo: “La reparación civil en el proceso penal”, segunda edición. Claro que para arribar a esta conclusión en nuestro ordenamiento jurídico, desde una perspectiva de lege lata, no tenemos los problemas que tienen los españoles para analizar esta institución jurídica en su sistema jurídico; pues en España, el resarcimiento del daño proveniente del delito está regulado casi en su integridad en el propio Código Penal. En el Código Civil solo encontramos normas supletorias de este tipo de responsabilidad, y cuando se trata este tema se remite al Código Penal. Lo contrario sucede en nuestro ordenamiento, pues en el Código Penal únicamente se regulan aspectos procesales accesorios de la reparación, y en lo más importante, se apela a la remisión al Código Civil (artículo 101 del Código Penal). Esto, obviamente, facilita la determinación de la naturaleza jurídico-civil y ordinariamente patrimonial de la responsabilidad ex delicto. Resulta importante resaltar esta característica de nuestra legislación, ya que facilita el análisis y permite arribar a las conclusiones anotadas; aun cuando, como se ha dicho, la determinación de esta naturaleza, no está vinculada necesariamente al “documento legislativo en que se regule”.

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 o sujeto pasivo del daño (víctima actual y concreta) ; pues, para lograr la pacificación social alterada por la comisión del delito, además de satisfacerse la pretensión pública encarnada en la pena, se debe satisfacer el interés privado de la víctima, el que permanece inalterado, aun cuando sea el ente público el que persiga su satisfacción ; tanto ¿sí que si el perjudicado renuncia al resarcimiento o transige sobre él, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso’, tal como lo establece en forma expresa el artículo 11 del Código Procesal Penal concordante con los artículos 13 y 14 del mismo cuerpo legal.

Antes de la vigencia del Código Procesal Penal, si bien las ideas centrales esbozadas en este acápite eran las mismas, esta situación no aparecía regulada expresamente, por el contrario, 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 establecida, aun cuando ya no podía solicitar o imponer la obligación reparatoria.

Finalmente, además de los argumentos esgrimidos en torno a la naturaleza privada de la responsabilidad civil en el proceso penal, determinados fundamentalmente por su finalidad reparadora del daño, abonan a favor de tal conclusión: 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, tanto respecto a los herederos del agente del daño así como del agraviado; 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 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 . Más aún, la corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 5-2011/CJ-116, del 6 de diciembre del 2011, fundamento N.º8, establece con toda claridad 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 procesal”.

CAPITULO V

LA INDEMNIZACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

5.1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

En un comienzo la reparación frente al daño o perjuicio fue una reacción privada, mediante la venganza individual, luego surgió la reacción colectiva mediante la composición voluntaria, sin embargo estas reacciones no buscan una reparación o resarcimiento del daño sino, más bien buscaban una sanción al agresor, infringiéndole un sufrimiento igual o superior al sufrido por la víctima.

Con el tiempo cuando las organizaciones políticas se consolidan y la autoridad se afirma ya no queda al libre albedrío del daño, ni del grupo al cual pertenecía, buscar la venganza, ni establecer la composición privada de la pena, sino que para asegurar la tranquilidad pública, la facultad de resolver el conflicto fue monopolizada por el estado, y a partir de entonces el individuo deberá aceptar la forma de reparación establecida por la autoridad. 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 a partir de la teoría elaborada por GROCIO PUFFENDOFF y DOMAT. No obstante establecido ya el principio general de responsabilidad era necesario desarrollar un fundamento a factor de atribución de la responsabilidad al causante, y de esta manera fundamentar o legitimar el surgimiento de la obligación resarcitoria, ya que como se ha dicho, resarcir es asumir el peso económico del daño el mismo que se ha desplazado de la víctima, al causante del mismo, obviamente previo a la determinación del factor de imputación indicada, debe haberse determinado la relación de causalidad entre la conducta del agente del daño y del resultado dañoso.

El factor de atribución de la responsabilidad fue la culpa, desarrollada por el subjetivismo impulsado por el cristianismo e impuesta por DOMAT. Esta teoría establece que el peso de la reparación solo debe trasladarse al causante o responsable si este ha obrado con dolo, imprudencia o descuido en la realización del hecho dañoso.

La teoría de la culpa convertida ya en el centro de la responsabilidad civil, a su vez admite dos variables:

1.- la culpa subjetiva: la que considera que es culpable en virtud de las posibilidades específicas de cada individuo.

2.- la culpa objetiva: la que establece la responsabilidad en virtud de la comparación de la conducta observada por el agente del daño y la de un prototipo, cuya conducta era aceptada por el común de la gente, esto es, el hombre razonable o el buen padre de familia.

Después con la evolución de la vía socioeconómico y con el desarrollo del maquinismo la industrialización y las innovaciones tecnológicas, el incremento de las velocidades y de los poderes para hacer cosas, originaron una verdadera inflación de riesgos en el mundo contemporáneo, en tales circunstancias la investigación de la culpa se convertía en un expediente engorroso, costoso y a veces insuperable que conducía por lo general a que las víctimas no alcancen resarcimiento alguno. Esto genera dos alternativas:

1.- estableció una presunción JURIS TANTUM, que consideraba en principio al causante del daño, salvo que demuestre lo contrario, es decir, se estableció una verdadera inversión de la carga de la prueba.

2.- la de responsabilizar objetivamente al causante, esta última se desarrolló para los casos de bienes o actividades riesgosas que causen daño, independientemente de si tuvo o no culpa el agente. Este es el factor o sistema de la responsabilidad por riesgo.

Finalmente las modernas teorías consideran que 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 debe dotar a la víctima de los mecanismos para obtener una cabal y facial reparación. Este tipo de reflexiones ha guiado al pensamiento jurídico hasta la más moderna teoría de la DISTRIBUCION O DIFUSION SOCIAL DEL COSTO DE LOS DAÑOS, también llamada DISTRIBUCION SOCIAL DEL RIESGO, esta sería la óptima aplicación, sobre en la responsabilidad por accidentes comunes, tal como sucede con los accidentes de trabajo que tienen naturaleza jurídica análoga.

Así la reparación civil y por ende el resarcimiento evoluciono desde un carácter puramente afflictivo, es decir desde el carácter sancionatorio o penal hasta un carácter puramente reparatorio, quedando establecido que la pretensión resarcitoria o reparatoria se ejercerá en el ámbito del derecho civil y procesal, y la pretensión penal o sancionatoria en el ámbito del derecho penal o administrativo sancionatorio.

En nuestro medio el código civil 1984, establece el principio general de responsabilidad extracontractual en su art. 1321, que establece la obligación de indemnizar de quien por dolo, culpa inexcusable o culpa leve no ejecuta sus obligaciones, considerándose como incumplimiento la inejecución de la obligación y el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En su art. 1969 establece que aquel que por dolo o culpa causa daño a otro, está en la obligación de indemnizarlo. Asimismo dentro de la responsabilidad extracontractual, el C.C., consagra el principio de responsabilidad por riesgo o peligros producidos por un bien o una actividad riesgosa. 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 art. 1988.

5.2.- LA PERPETRACIÓN DEL HECHO.

La perpetración de un hecho delictuoso acompaña la pena o la medida de seguridad y, además la reparación civil del daño. Así tenemos por ejemplo en el art. 92 del C.P., prescribe que conjuntamente con la pena se determinara la reparación civil correspondiente y que no puede ser otra que la prevista en el art. 93 del C.P.

a) restitución del bien: Se trata en suma de restaurar o reponer la situación jurídica quebrantada por la comisión de un delito o falta, la obligación restitutiva alcanza bienes muebles o inmuebles, tal el caso del bien inmueble usurpado.

b) la indemnización de daños y perjuicios: lo regula el inciso 2 del art. 93 del C.P., y comprende el resarcimiento del daño moral y material que se adiciona a la restitución del bien, el juez debe administrar con el derecho civil que regula en ese ámbito, la materia y entre otros conceptos se atenderá al daño emergente lo mismo que el lucro cesante.

5.3.- LA REGULACIÓN PERUANA.

En el derecho peruano, al menos desde el punto de vista de LEGE LATA, la reparación civil tiene una naturaleza civil en base a los siguientes fundamentos:

a) la responsabilidad civil el delito constituye solo una especie de la responsabilidad civil extracontractual que es el género que lo comprende se trata por lo tanto de una obligación civil, el art. 1969 del C.C., cuando prescribe que aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo.

b) las diferencias existentes entre la responsabilidad civil y los demás casos de responsabilidad civil extracontractual, solo tienen carácter procesal y no de otro orden, cuando existe un hecho ilícito (delito), que además de violar las normas jurídicas causa un daño efectivo, la ley permite el resarcimiento de la víctima, se puede lograr en un solo proceso judicial, el penal, no es necesario acudir a otra vía para obtener la indemnización por el daño causado.

c) con una regulación de acción civil resarcitoria en sede penal se logra una administración de justicia más expeditiva y humana, próxima a la solución de los problemas sociales generados por la comisión de un delito y que pretende, además de la plena realización de los principios de inmediación y economía procesal.

d) la instauración de la reparación civil en el código penal ayuda armonizar los fines preventivos de la protección de los bienes jurídicos y el afianzamiento de la fidelidad de las normas.

e) el entendimiento de la reparación civil como una institución que posee una naturaleza eminentemente civil obliga a rebatir al menos a comprender de modo satisfactorio los argumentos que parecen oponerse a ese criterio como son por ejemplo, el art. 92 al 100 del C.P.

La reparación civil no siempre se determina con la pena, pues No toda sentencia condenatoria que acaba imponiendo una sanción penal (pena o medida de seguridad), supone que se haya producido de manera efectiva un daño, que es el presunto básico para la fijación de la reparación civil, la responsabilidad consagrada en el art. 92 y sgts. Del C.P. emana del daño que pueda, según el caso, producir el delito, no del delito mismo, la

pena solo requiere de una conducta típica antijurídica y culpable, mientras que la reparación civil exige la constatación de un daño causando de manera ilícita.

5.4.- REPARACIÓN CIVIL EN EL CÓDIGO PENAL:

Artículo 92, reparación civil.-

La reparación civil se determina conjuntamente con la pena.

Comentario:

Todo delito acarrea como consecuencia no solo la imposición de una pena, si no también puede dar lugar al surgimiento de responsabilidad por parte del autor, es así, que aquellos casos en los que la conducta del agente produce un daño reparable, corresponde fijar junto a la pena el monto de la reparación civil.²¹

La reparación civil debe guardar proporción con la entidad material y moral irrogado a la víctima.

Conforme a reiterada jurisprudencia de la corte suprema el hecho de que exista transacción respecto al monto de la reparación civil proveniente de delito, no significa que en la sentencia no se ordene su pago, el cual debe sujetarse a la voluntad expresa de las partes.

Además de las penas y medida de seguridad, del delito se deriva efectos de índole civil, como es la RESPONSABILIDAD CIVIL. Mientras las penas y medidas de seguridad tienen carácter represivo o preventivo por el daño inferido a la sociedad, los efectos civiles tienen carácter reparatorio, por el daño patrimonial o económico sufrido por la víctima u otras personas.

Responsabilidad civil es el conjunto de obligaciones de naturaleza civil, exigibles a las personas responsables penalmente del delito o falta generador del daño que viene a reparar...

La naturaleza de la responsabilidad civil es discutible: penal, sui generis o civil.

El planteamiento penal de la responsabilidad civil, se basan en el hecho de que según la letra de la ley y a la opinión corriente en la doctrina, las sanciones civiles serian consecuencia del delito. El hecho calificado como ilícito, que el mismo tiempo genera responsabilidad delictual y civil.

El planteamiento sui generis o civil, es sustentado por Quintano Repolles, al admitir

²¹ Ejecutoria suprema del 21/10/99, Exp. 3362-99 San Román Juliaca.

que el derecho penal ostenta una estructura mixta, penal en su exigencia material y procesal (ejercicio y desarrollo), pero privada porque está compuesta de obligaciones de carácter patrimonial, renunciables, transmisibles.

El planteamiento civil defendido por MIR PUIG afirma que la utilización político criminal de la responsabilidad civil que puede resultar conveniente no puede oscurecer la naturaleza conceptual de esta clase de responsabilidad. Se trata como su nombre indica de una responsabilidad de carácter civil.

A nuestro entender, la contraposición entre interés público e interés privado no puede negarse en sus líneas generales.

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 pena.

La responsabilidad que se origina de un delito, moviliza todo el sistema jurídico de un estado, claro está, con la finalidad de verificar, y luego castigar al sujeto a quien es inherente esa responsabilidad. La última consecuencia de un delito, no es tan solo la pena, sino la obligación de reparar, en lo posible, el daño y los prejuicios causados. Este resarcimiento obligatorio es la llamada reparación civil.

La reparación civil no siempre se determina con la pena solo requiere de una conducta típica, antijurídica y culpable, mientras que la reparación civil exige la constatación de un daño causado de manera ilícita²².

La pena está referida a un interés público y tiene su fundamento en la culpabilidad de la gente. La reparación civil está referida a un interés privado y tiene directa relación con el daño causado.

Un interrogante de suma importancia es la referida a la vía a la cual puede o debo, acudir para obtener el quantum indemnizatorio: ¿proceso penal?, ¿proceso civil?, ¿ambos?, debiendo asumir una postura acerca de la función que debe cumplir la responsabilidad civil con referencia al dañado, que debe estar orientada a la rápida y adecuada satisfacción de sus intereses lesionados por la comisión del hecho punible.

El ejercicio conjunto de pretensiones, es decir si la responsabilidad civil y penal

²² Actualidad Jurídica 2003, tomo 121 diciembre, la reparación civil derivada del delito, autor José Luis Castillo Alva, Pág. 102

proviene del mismo hecho ilícito, entonces también debe coincidir la vía procesal, argumentando de un tratamiento separado obligatorio de ambas pretensiones²³.

El ejercicio separado (solo en la vía civil), a diferencia de la postura anterior, esta nos informa que la única vía para encontrar satisfacción en los intereses lesionados es la vía 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.

Comentario:

Según este concepto, la reparación civil comprende la restitución del bien obtenido por el delito, o en defecto de aquella, el pago de su valor, abarcando igualmente la indemnización de los daños y perjuicios causados al ofendido o las personas con derecho a dicha reparación.

La restitución, que en sentido amplio comprende el concepto de reparación, consiste en la restauración material del estado anterior a la violación del derecho. Puede tener por objeto las cosas muebles robadas o apoderadas, y las cosas inmuebles a cuya posesión se haya llegado mediante una usurpación. Puede ser material, es decir, puede consistir en la entrega material al propietario, o simbólica, como en la entrega de las llaves, la remoción de los linderos, la demolición de las plantaciones, etc.

Si la restitución es imposible de hecho (por Ej. Destrucción o pérdida), o legalmente (por Ej. Derecho legítimamente adquirido por un tercero), el damnificado puede exigir en sustitución de ella y como reparación, el pago del valor del bien, más el de estimación si lo tuviera. Si la falta de restitución fuese parcial, la reparación consistirá en el pago de la diferencia del valor actual y el primitivo del bien. En caso de restitución, como en el de su imposibilidad, la reparación integral comprende los daños originados por la privación del bien.

La reparación civil también comprende la indemnización de los daños y perjuicios. Los civilistas generalmente entienden por daño o perjuicio los menoscabos sufridos y las ganancias que se han dejado de obtener, es decir el daño emergente que consiste en la

²³ Actualidad jurídica, tomo 133 diciembre 2004 Relación Civil y Proceso Penal, ¿segunda victimización?, Rosario Palacios Meléndez, Pág. 54 y 55.

pérdida o disminución de las cosas y derechos y lucro cesante que es la pérdida o disminución de una ganancia esperada.

En el derecho penal tienen un sentido más amplio: el daño está constituido por las consecuencias objetivas directas de la acción objetiva de la acción delictiva, el perjuicio está constituido por las consecuencias indirectas del delito, en cuanto afectan intereses de la víctima. Por Ej. Si se hiere a un caballo de carrera para inutilizarlo y que no gane un premio, el daño está en la herida del animal, el perjuicio afecta directamente al dueño, en cuanto lo priva de la ganancia que debiera haber alcanzado haciendo correr o dando otro empleo al semoviente. El daño comprendería las consecuencias directas del delito (daño emergente), y el perjuicio las consecuencias indirectas (lucro cesante), el primero, consistiría en una disminución directa o indirecta del patrimonio, y el segundo en la falta de aumento.

La indemnización civil abarca ambos conceptos, nada implica el que en unos casos solo haya daño y que en otros, exista perjuicio. Lo esencial es que indemnización abarque en todo caso, las consecuencias del delito, cubra totalmente sus efectos directos o indirectos, así como en la víctima del delito como en su familia o en terceros. La indemnización de los daños materiales como morales.

Artículo. 94° Restitución del Bien:

La restitución se hace con el mismo bien aunque se halla en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de estos para reclamar su valor contra quien corresponda.

Comentario:

La reparación civil ha de atender en primer término a la restitución del bien, y solo en efecto de ella puede entrar en juego el abono de la indemnización de su valor.

La restitución debe hacerse aun cuando el bien se halle en poder de un tercero que lo posee legalmente, salvo su repetición contra quien corresponda. En este caso el tercero que compro de buena fe el bien, tiene derecho de repetir la cantidad pagada²⁴.

No será aplicable esta disposición cuando el tercero haya adquirido el bien en forma y los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable (adquisición de buena fe de bien mueble en venta pública, el bien ha prescrito, etc.).

²⁴ Código Penal anotado, Dr. Luis Bramont arias y Luis Bramont Torres, edición 1995, Pág. 299.

Artículo. 95° Responsabilidad Solidaria:

La reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados.

Comentario:

En virtud de la disposición contenidas en el artículo 95°, los condenados por un mismo delito (autores y partícipes), y los terceros civilmente obligados se hallan solidariamente obligados a la reparación civil (patrimonial y no patrimonial), esto es, se puede exigir a uno de ellos íntegramente el pago o cumplimiento de la reparación civil, y si uno de ellos paga se extingue para los otros la obligación, y luego entre ellos se divide tal obligación según la regla de la solidaridad pasiva.

La solidaridad es la obligación de resolver indistintamente, por el daño o perjuicio causado. Es decir en el caso de dos o más personas responsables a las que se les impone una reparación civil de daño o perjuicios, se podrá exigir el pago total de esa cantidad a cualquiera de ellas.

Pero la solidaridad se refiere únicamente a los partícipes directos del delito, y extensiva también a los terceros. Esta solidaridad en la reparación civil, no impide la posibilidad de que el pagador de ella, pueda iniciar acción contra los demás responsables por derecho de repetición²⁵.

Art. 96 Transmisiones de la Reparación Civil a Herederos:

La obligación de la reparación civil fijada en la sentencia se trasmite a los herederos del responsable hasta donde alcancen los bienes de la herencia. El derecho de exigir la reparación civil se transfiere a los herederos del agraviado.

Comentario:

La obligación de restituir, reparar o indemnizar los daños y perjuicios fijada en la sentencia, se trasmite a los herederos del responsable, pero hasta el monto de la herencia y así mismo, la acción para repetir la restitución, reparación o indemnización de daños y perjuicios, se trasmite a los herederos del agraviado. O sea que así como la obligación de

²⁵ Tratado de Derecho Penal, volumen I Parte General, Raúl Peña Cabrera 1983,

pago de la reparación civil se transmite a los herederos del sujeto activo, correlativamente el derecho a obtener el pago de la reparación civil se transmite a los herederos del sujeto pasivo.²⁶

A diferencia de la responsabilidad penal, en la que la pena es singular y corresponde únicamente a la persona del ofensor directo, en la responsabilidad civil, la obligación de reparar pasa los herederos de los responsables civilmente.

Nuestro código contempla la obligación de los herederos de los partícipes del delito, no así para el caso de los terceros virilmente responsables, a la que se hace extensiva la responsabilidad civil, de acuerdo a la ley en su condición de terceros civilmente responsable.

Artículo 97° Protección de la Reparación Civil:

Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyen el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros.

Comentarios:

Un medio de garantizar el pago de la reparación civil, es la revocación de los actos fraudulentos. En otros términos, la ley traslada la acción pauliana o revocatoria al terreno penal (art. del C.C.), adaptándola a las más rigurosa necesidades de la represión.

Los actos ejecutados o las obligaciones adquiridas después de la comisión del hecho punible, se presumen realizados en fraude respecto de la reparación civil y deben ser declarados nulos, pero la prueba de la disminución del patrimonio del condenado, que lo haga insuficiente para la reparación es necesaria para revocación.

Los derechos de los terceros de buena fe se rigen por las leyes civiles: dichos derechos, por tanto, no se hallan afectados por la acción revocatoria.

Art. 98 Condenado Insolvente:

En caso que el condenado no tenga bienes realizables, el juez señalara hasta un tercio de su remuneración para el pago de la reparación civil.

²⁶ Código Penal, anotado Dr. Luis Bramont Arias y Luis Bramont Torres, edición 1995 Pág. 301.

Comentario:

Para el caso de insolvencia, total o parcial del responsable, esto es cuando acrezca en absoluto de bienes y de renta, o cuando los que disfrute no basten a cubrir el monto de la reparación, el juez señalara hasta un tercio de su remuneración que gane para el pago de dicha reparación.

Este modo de cubrir la reparación procede cuando el condenado responsable sufre cualquier clase de pena (privativa de la libertad, restrictiva de la libertad, limitativa de derecho o multa).²⁷

Artículo. 99 Reparación Civil de Terceros Responsables:

Procede la acción civil contra los terceros cuando la sentencia dictada en la jurisprudencia penal no alcanza a estos.

Comentarios:

Eventualmente pueden resultar obligados al pago de la reparación civil proveniente del delito, terceras personas, es decir sujetos no vinculados al delito como autores o partícipes. Es así como los padres se hacen responsables de los hechos ofensivos de los hijos menores, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado, las personas jurídicas responden de los actos de sus agentes o dependencias, propietario de un vehículo responde de los accidentes automovilísticos causados por el chofer a su servicio, etc. Para ello los terceros civilmente responsables debe ser citados obligatoriamente en el proceso seguido al imputado (solo así se le tendrá como sujeto procesal), durante la etapa investigatoria o de juzgamiento, porque si la sentencia penal no le alcanza, entonces habría que hacer uso de la vía civil para obtener la reparación correspondiente, conforme al artículo que comentamos.

Art. 100 inextinguibilidad de la acción civil:

La acción civil derivada del hecho no se extingue mientras subsista la acción penal.

Comentario:

En el campo del derecho procesal penal se plantea el problema acerca de, si al dejar de tener existencia el proceso penal por cualquier de las causas legales, cesa también la

²⁷ Código Penal, anotado Dr. Luis Bramont Arias y Luis Bramont Torres, edición 1995.

jurisdicción respecto a la acción civil.

Al respecto cabe anotar, que si se considera que la acción civil solo puede funcionar en correlación con la acción penal, es natural que si esta última deja de producir afectos jurídicos por cualquier causa legal, aquella, como consecuencia, tendrá que extinguirse causa legal, aquella, como consecuencia tendrá que extinguirse, salvo los casos en que por expresa disposición legal subsiste la obligación de la reparación civil.

Art. 101 Aplicación Supletoria del Código Civil:

La reparación civil se rige, además, por las disposiciones del código civil.

Comentario:

Como la reparación civil se dirige a un tiempo a la protección de la víctima del delito y a la mejor defensa social, su evaluación no puede regirse por las normas del derecho privado.

El art. 101 declara que la reparación civil se rige además por lo dispuesto por el C.C., el daño o perjuicio son elementos importantes, pero no los únicos, solo atienden a la reparación del daño privado. Su función social fuerza a contemplar otros aspectos fundamentales como las carencias sociales que hubiera sufrido el agente, su cultura y sus costumbre y los intereses de la víctima, su familia o de las personas que de ella depende (art. 45 del C.P.).

La remisión normativa supone que el C.P. reconoce que la reparación civil no es un instituto propio sino ajeno y que pertenece a otra rama del derecho. Solo así se explica la existencia del art. 101, pues el C.C., es el cuerpo de normar que regula de manera minuciosa y prolija la reparación civil al ser una de sus instituciones características. No tendría ningún sentido que siendo la reparación civil una institución propia del derecho penal, este mismo remita su regulación, siempre más específica, a otro cuerpo normativo.

En todo caso sería lógico que el C.P., agotase una normatividad de dicha índole cubriéndola con sus disposiciones en todos sus aspectos.²⁸

²⁸ Actualidad Jurídica 2003 tomo 121 diciembre, autor José Luis Castillo Alva, tema: Reparación Civil Derivada del Delito.

Consecuencias Accesorias:

Artículo 102° decomiso o pérdida de efectos provenientes del delito:

El juez resolverá el decomiso o pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiera ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción.

Artículo 103° Proporcionalidad:

Cuando los efectos o instrumentos referidos en el artículo 102, no sean del ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal podrá el juez no decretar el decomiso o, cuando sea posible, decretarlo solo parcialmente.

Artículo 104° Privación de Beneficios Obtenidos por Infracción Penal a Personas Jurídicas:

El juez decretará, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes.

Artículo 105° Medidas Aplicables a las Personas Jurídicas:

Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el juez podrá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el juez ordenara a la autoridad competente que disponga la intervención de persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

5.5.- EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA

La doctrina sobre la responsabilidad civil ha seguido las siguientes tendencias.

- a) La determinación del culpable (dolo o culpa).
- b) La reparación de la víctima.
- c) Entre la culpa y el caso fortuito.
- d) Daños donde no parece haber culpa y muchas veces no se puede determinar a un causante. Este es el campo de los accidentes.

5.6.- TEORÍA DEL RIESGO Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Como lo describe una ejecutoria suprema relativa a la teoría del riesgo:

“Los progresos materiales han traído como contrapartida el crecimiento de los riesgos que deben sufrir las personas y sus bienes, dando lugar a la doctrina de la responsabilidad por cosas riesgosas o actividades, en cuyo caso no es necesario determinar la culpa o el dolo del agente, el que responde solo por daños causados por cosas o actividades que se consideran como tales (...) la teoría del riesgo se funda en el principio *qui sentit commodum sentire debet et incommodum*: “El que aprovecha de los medios que han causado un daño y obtiene sus ventajas, es de equidad que también sufra las consecuencias de tales daños”. No será justo que uno se lleve los beneficios y otro los daños.

El artículo 1970 del Código Civil establece un supuesto de responsabilidad objetiva:

“Artículo 1970.- 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”.

Es evidente que un vehículo automotor es un bien riesgoso, tal como lo reconoce una ejecutoria suprema:

“Debe tenerse presente que el vehículo como tal constituye un bien riesgoso o peligroso y su conducción una actividad que tiene las mismas características, lo que conlleva a la obligación de parte del conductor a reparar el daño causado”.²⁹

Asimismo el transporte es considerado como una actividad peligrosa:

“Por el solo hecho de haberse encontrado el vehículo automotor en movimiento o en su uso ordinario, constituye este un peligro potencial; es criterio aceptado y reconocido uniformemente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que se entiende por actividades peligrosas aquellas realizadas por medio de transporte”³⁰.

29 Cas. N° 2691-1999, publicada el 30 de enero de 2001.

30 Cas. N° 823-2002-Loreto de fecha 29 de setiembre de 2003, Sala Civil Permanente.

CAPITULO VI

DELITO DE VIOLACION SEXUAL DE MENOR DE EDAD

6.1.- ANTECEDENTES.

En la antigüedad las sanciones eran muy severas con los infractores de los delitos sexuales. En el Código de Hammurabi de los Babiloneos y Caldeos; era pues un Código Enérgico y aquel que cometía un delito contra la libertad sexual no solamente agraviaba a la persona sino también a la sociedad y sobre todo a los dioses, ya que estaban bastante arraigadas las ideas religiosas; por esta razón la pena de muerte era aplicada en casi todos los delitos. El delito de violación tenía pena de muerte y no interesaba si la víctima era de condición elevada o baja, las autoridades se encargaban de ahorcar al violador en público.

El Derecho Hebreo, también castigaba con pena de muerte al violador, siendo ampliada a sus familiares más cercanos, lo cual demostraba que eran leyes mucho más que severas ya que como sabemos en la actualidad las responsabilidades penal es personalísima y concluye con la muerte de la persona que es la única que responde por el delito que cometió.

La ley Julia del Derecho Romano, castigaba con pena de muerte a los violadores, los cuales eran crucificados en un madero y generalmente el pueblo era testigo presencial de estas duras medidas.

El derecho penal canónico también aplicaba la pena de muerte para infractores de los delitos contra la libertad sexual; pero exigía como requisito que el acto sexual cometido produzca la desfloración de la víctima y sea contra su voluntad. Cuando el acto sexual recaía en una mujer ya desflorada, no era considerado como delito de violación y se castigaba simplemente con penas leves.

En el Perú, nuestros Incas sancionaban a los autores del delito de violación de acuerdo a su criterio, aplicándose la expulsión del pueblo, el linchamiento y otras medidas quedando la pena de muerte para los reincidentes.³¹

³¹.- Noguera Ramos. Iván. Delitos contra la Libertad Sexual, Editorial Jurídica Portocarrero. Lima-Perú. 1995 págs.13 ss.

En la Colonia, el derecho estuvo fuertemente influenciado por los comportamientos morales que la iglesia católica exigía, y que los comportamientos sexuales estaban dados por la idea del honor, pero no puramente honor de la mujer sino el del hombre lo que dio origen a la preservación de la virginidad, el recateo y la lealtad, todos los comportamientos que se daban contra los antes descritos agravaban a la honra del hombre o al honor de la familia.

La mujer se encontraba en una situación de inferioridad moral y mental respecto de los hombres y por tanto tenía tendencia al mal y debilidad a las tentaciones.

En la Independencia, se aprecia una protección de parte del legislador por la virginidad, dando penas más severas a personas que violentaban sexualmente a mujeres vírgenes atenuando el castigo si esta fuera viuda, soltera pero no vírgenes; además establecía sanciones para la violación de mujer esclava, en donde existía una ficción jurídica es decir se presumía siempre que no había mediado voluntad de parte de la mujer esclava, pero la sanción no era destinada a proteger los derechos de la mujer esclava, sino evitar que exista mezcla entre razas, protegía la pureza de la raza española.

- En el Código Penal de 1863 establecía la amenaza y la violencia como elementos descriptivos del tipo penal de violación.

- En el código Penal de 1924, se encontraban protegidos el delito de violación sexual de menor de edad, en el título de los delitos contra Las Buenas Costumbres-Delitos contra la libertad y el honor Sexual, el cual en el artículo 199 señalaba que la represión será penitenciaria no menor de diez años, si la víctima contara con más de siete a catorce años de edad y estuviera comprendida en la circunstancia agravante prevista por este artículo. La pena será penitenciaría o prisión no menor de cinco años cuando tratándose de estos menores no medie dicha circunstancias.³²

La Antigua codificación imponía la pena de muerte al que practicaba, con o sin su consentimiento, un acto sexual u otro análogo con un menor de siete o menos años. Por su parte el nuevo Código Penal de 1991, tras sucesivas reformas legislativas, impone la pena de cadena perpetua a quien realiza los mismos comportamientos. Si bien la cadena perpetua no cumple con el fin resocializador de las sanciones penales al menos atenúan,

³² .- Figueroa Estremadoyro, Hernán Código Penal de 1924, Editorial Inkari Lima-Perú 1989. pág. 77.

aunque de manera simbólica, el rigor y drasticidad que caracterizaban a la legislación anterior.³³

• **Código Penal de 1924.**- cuyas penas en el delito de Violación sexual, eran menor que el actual.

• **Código Penal de 1991.**- Se promulga el 03 de Abril de 1991, y se publica el 08 de abril de 1991, con el Decreto Legislativo N° 635; y cuyas penas eran:

- Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menor de quince años.
- Si la víctima tiene siete años a menos de diez años, la pena será no menor de ocho años.
- Si la víctima tiene diez a menos de catorce, la pena será no menor de cinco años. Este artículo fue modificado por la Ley 26293. Cuyas penas eran:
- Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menos de veinte años, ni mayor de veinticinco años.
- Si la víctima tiene de siete años a menos de diez años, la pena será no menor de quince ni mayor de veinte años.
- Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena no menor de diez ni mayor de quince años.

Con la Ley 27472, publicado el 05 de junio del 2001, las penas son las siguientes:

Art. 173.

- Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.
- Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de quince ni mayor de veinte años.

³³ .-Castillo Alva, José Luis. Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Gaceta Jurídica Primera Edición. Octubre 2002. Lima-Perú pág.260.

- Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena no menor de diez ni mayor de quince años.

Por disposición del Art. 1° de la Ley 27507 publicado el 13 de julio del 2001, se restablece el texto del Art. 173 del Código Penal, consignado por el Decreto Legislativo N° 896, con el siguiente texto:

El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

- Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será de cadena perpetua.
- Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
- Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Finalmente, éste artículo ha sido modificado, según la Ley 28251, publicado el 08 de junio del 2004, cuyas penas se mantienen con la ley anterior, y cuyo texto es el siguiente.

Art. 173.- El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad.

El texto es igual que la Ley 27507.

El último apartado dice: "Si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.

6.2.- EL CONCEPTO DE BIEN JURIDICO

La Libertad es un bien jurídico que el ordenamiento jurídico reconoce a los individuos con la finalidad de que satisfagan sus necesidades dentro de las relaciones sociales. Pero esta libertad de actuar- contenido de la libertad aceptada de manera general por la doctrina penal-, que se presupone a todo ser humano, no es totalmente absoluta; el límite viene dado por la libertad de los otros miembros de la sociedad, esto es, de las necesidades que se derivan de la convivencia; de ahí que se plantee como bien jurídico de carácter relativo.

Se protege la libertad en sí misma, ya que ella puede ser violada por otros hechos que no la atacan directamente, sino en cuanto un medio para alcanzar otros fines. La libertad es el bien jurídico por excelencia, de otro modo dejaría de ser libertad, existiría una contradicción. Por ello, en todos los tipos penales que afecten a la libertad aparece el consentimiento como una causa de atipicidad.

En este grupo de delitos se establecen diferentes comportamientos que afectan a distintas manifestaciones de la libertad como bien jurídico protegido, todo ello con la finalidad de que las personas puedan satisfacer sus necesidades dentro de las relaciones sociales. De ahí deriva la protección de la libertad personal. De la libertad sexual, de la libertad ambulatoria³⁴.

Teniendo en cuenta las ideas precedentes el legislador del Código Penal vigente ha recogido a la libertad sexual como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales. Se pretende una de las manifestaciones más relevantes de la libertad; es decir, la libertad sexual, pues al ser puesta en peligro o lesionada trasciende los ámbitos físicos para repercutir en la esfera psicológica del individuo, alcanzando el núcleo más íntimo de su personalidad.

Para el penalista español Miguel Bajo Fernández, este aspecto de la libertad 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.³⁵ En este sentido la libertad sexual debe entenderse tanto en sentido

³⁴ Bramont- Arias Torres, Luis Alberto y Gracia Cantizano, María del Carmen. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 4 edición San Marcos, Lima. Perú. 1998. pp. 181-182.

³⁵ Bajo Fernández, Miguel, Manual de Derecho Penal. Civitas Editores. Madrid-España año 2000 pág 198.

positivo-dinámico como negativo-pasivo. El aspecto positivo-dinámico de la libertad se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, mientras que el cariz negativo-pasivo se concreta en la capacidad de negarse a ejecutar actos sexuales en los que no se desea intervenir.

En consecuencia la libertad sexual no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, si no debe entenderse en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a nadie a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad.

La libertad sexual es la capacidad de toda persona para comportarse como a bien tenga en la actividad sexual. En ese sentido, se puede definir como la voluntad de cada persona de disponer espontáneamente de su vida sexual, sin desmedro de la convivencia y del interés colectivo.

Algunos doctrinarios definen a la libertad sexual como la capacidad de autodeterminación, en cuanto materialización plena de la más amplia de la “libertad”, viene limitada por dos requisitos fundamentales: en primer lugar, por el pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de dichas relaciones, lo que evidentemente implica que este ha de contar con la capacidad mental suficiente para llegar a tener dicho conocimiento; y en segundo lugar, por la manifestación voluntaria y libre del consentimiento para participar en tal clase de relaciones, lo que tiene como presupuesto el que el sujeto pueda adoptar su decisión de manera libre.³⁶

La doctrina española señala unánimemente que el objeto de tutela en los delitos de violación de la libertad sexual, es justamente la libertad sexual que tiene una persona de mantener relaciones sexuales con la persona que él o ella ha elegido.

En relación a los menores, ellos son titulares del derecho a la libertad y, por ello, de manifestaciones concretas de ésta como la religiosa, sería obligado concluir lo mismo en lo atinente a la libertad sexual. Efectivamente desde el punto de vista de la vertiente negativa de ésta que es lo que constituye el objeto de tutela del Título VIII, los menores exactamente en los mismos términos que los adultos, tienen el derecho a no verse involucrados en un contexto sexual sin su consentimiento.

³⁶ García Cantizano, María del Carmen. Los delitos contra la libertad sexual como delitos de acción pública. Gaceta jurídica 1999. págs 42.

De ahí que la regulación, al igual que acontece con los mayores de edad, distinga los supuestos donde el contacto sexual exige vencer una voluntad contraria del sujeto pasivo (agresiones sexuales), ya sea con violencia, ya sea con intimidación, de aquellos en los que el comportamiento sexual es fruto de un consentimiento viciado. La única particularidad en relación con los adultos radica en que en los menores, debido a que no han llegado a la plena madurez, es más fácil que se dé un consentimiento viciado y, en consecuencia, un abuso sexual. Es importante resaltar que la ausencia o disminución de la capacidad para ejercer un derecho no significa que no se pueda ser titular de éste y que los actos donde se dispone de él sin capacidad no supongan su lesión.

Admitida que la libertad sexual también es predicable de menores e incapaces y que, por ello, no hace falta recurrir a la indemnidad sexual, lo cierto que de lege lata y especialmente a partir de la reforma llevada a cabo por la ley orgánica 11/1999, se resalta que la actual regulación contempla preceptos difícilmente reconducibles a este bien jurídico, viniendo a tutelar aspectos relativos a la moral sexual o a otros bienes.

En la doctrina española, ha tratado de interpretar la corrupción de menores como un atentado a la libertad sexual. Para ello se apoyan en los estudios de la psicología de la sexualidad, en virtud de los cuales el consentimiento mutuo, factor básico en toda interacción sexual, no puede ser prestado por el menor cuando entabla una relación sexual con un adulto significativamente mayor. Las relevantes diferencias de desarrollo cognitivo y emocional entre el adulto y el menor, así como sus distintas necesidades afectivas, harían imposible una interacción sexual libre. De este modo, concibe la corrupción de menores como un abuso sexual sobre mayores de 13 años que no exige ni aprovechamiento de una situación de superioridad ni engaño, viniéndose a configurar como un tipo residual en el que la mera asimetría de edad entre los sujetos activo y pasivo bastaría para privar al menor de las condiciones necesarias para la realización en libertad de una conducta sexual.³⁷

Lo cierto es que dicha planteamiento, tiene sus limitaciones, pues no permite explicar la inclusión de los incapaces, ni, por otra parte, el tipo penal alude a la asimetría de edad. Además, es coherencia con esta concepción se debería abarcar únicamente a

³⁷ Cancio Melia, Manuel y otros. Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Juristas editores año: 2005. págs 238 y ss.

menores cuya edad no fuera superior a los 15, 16 o 17 años, pues a partir de éstas la mera asimetría ya no permite sustentar un abuso sexual. Sin embargo el precepto alude genéricamente a menores.

La Dogmática Argentina señala que el bien jurídico protegido es la “integridad sexual”, pero todo el eje temático está referido a la libertad sexual.

La Doctrina Española señala que lo tutelado en general no sólo se encuentra conceptualizado desde la perspectiva del ataque a la libertad o autodeterminación sexual, sino además desde la prevención de los terribles efectos dañosos comprobados en la víctima de este tipo de criminalidad y su repercusión mediata o inmediata en la sociedad toda. Los juristas españoles señalan que hay un cambio acerca de la intervención del Estado en el ámbito de la sexualidad al bien jurídico y hacerlo más compatible con las exigencias de un derecho penal propio de un estado de derecho cuyas bases se asientan en el marco de las líneas directrices impuestas por las reformas constitucionales la cual está orientada a un estado protector de las libertades individuales entre las que se inserta, precisamente la libertad sexual.

La libertad sexual debe verse como el derecho de las personas que tienen capacidad para expresarse válidamente a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad; y a la intangibilidad sexual de quienes, por ser menores de ciertas edades o incapaces, no pueden manifestar válidamente su consentimiento. Se reconoce que se debe proteger el normal ejercicio de la sexualidad, básicamente asentado sobre la libertad del individuo.

La libertad sexual es el bien jurídicamente protegido de la persona el cual no es un concepto de bien público de honestidad o la honra de los varones allegados a la víctima, como ocurre ahora. Una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima, no una injuria a la pureza o castidad de la mujer, ni al honor de algún varón. La vieja idea del honor, asociada a ciertos tipos penales, refleja no sólo una dimensión ideológica, ligada al temor por el escándalo, sino que facilitan la imposición de valores culturales dominantes, propios del mundo masculino.

En definitiva, las agresiones de referencia afectan, no al honor o la honestidad de las víctimas de esas acciones, sino su integridad y dignidad como personas. Y aunque

también afectan a la vez su libertad y a menudo equivalen a una privación de esa libertad, las personas afectadas viven estas situaciones sobre todo como atentado a su propia integridad, privacidad e identidad, más allá que esos delitos afectan también a sus familiares, tutores, al estado. Correspondiendo, por lo tanto, concebir a estos delitos como delitos contra las personas al igual que otros delitos concebidos como tales.

6.2.1.- Libertad Sexual.

En el campo de los delitos sexuales, según Diez Ripolles³⁸, el concepto de libertad sexual tiene dos aspectos uno positivo y otro negativo, En su aspecto positivo la libertad sexual significa libre disposición de las propias capacidades y potenciales sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual.

Este aspecto de la libertad debe entenderse de dos maneras. Como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respecto a la libertad ajena; y como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros. En sentido parecido, el destacado profesor de la universidad Católica, Carlos Caro Coria³⁹, prefiere enseñar que la libertad sexual debe entenderse tanto en sentido positivo-dinámica como negativo-pasivo. El aspecto positivo-dinámico de la libertad sexual se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, mientras que el cariz negativo-pasivo se concreta en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir. Esta división se hace con fines pedagógicos. Pues tanto la libertad en su vertiente positiva como negativa no se oponen entre sí, pues ambos constituyen un loable complemento que refleja distintos aspectos de un mismo bien jurídico.

La Libertad sexual no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, sino debe entenderse a la vez en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse

³⁸ Protección a la Libertad sexual, insuficiencias actuales y propuestas de reforma, Barcelona-España, 1985, pág. 23.

³⁹ Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en Rev. Jurídica Cátedra, pág 216.

a una persona a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, haciendo uso de coacciones, abusos o engaños.

En suma, la libertad sexual es la faculta de la persona para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, facultad, 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. De modo que se afecta la libertad sexual de un individuo cuando otro, no autorizado por el primero, interfiere en el proceso de formación voluntaria de su voluntad o en su capacidad de obrar relativa a la sexualidad.

6.2.2.- Indemnidad sexual o intangibilidad sexual.

El bien jurídico protegido en los menores de edad, vendría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexuales, los cuales proceden en principio de la doctrina italiana, y fueron recogidos en la doctrina española a finales de los setenta y principios de los ochenta.

En consecuencia, vía la doctrina española llegan al Perú los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexual y en tal sentido, muy bien apuntan Bramont-Arias Torres y García Cantizano⁴⁰, al manifestar que hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se protege la libertad sexual, en la medida en que la víctima carece de esa libertad o, aún sí la tuviera fácticamente, ha sido considerada por el legislador irrelevante. De esta forma, en los tipos penales en los cuales el legislador no reconoce eficacia a la libertad sexual del sujeto pasivo como por ejemplo en los supuestos de hecho recogidos en los artículos 172, 173 y 176-A del Código Penal, el interés que se pretende proteger es la indemnidad física o psíquico normal de las personas para ser posible en el futuro ejercer su libertad sexual.

El maestro Carlos Coria, señala que los tipos penales antes citados, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en “libertad”, las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar

⁴⁰ Código Penal Comentado. Año 1999. pág. 145.

quien esté afectado por una situación de incapacidad transitoria, o, como sucede con los enajenados y retardados mentales, nunca obtenerla. En consecuencia si se desea mantener a tales personas al margen de toda injerencia sexual que no puedan consentir, sino las condiciones materiales de indemnidad o intangibilidad sexual.

De ahí se concluye que la indemnidad o intangibilidad sexual es el verdadero bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas en los tipos penales antes referidos. Esto es, le interesa al Estado proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderlo al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual. Circunstancia que posibilita el actuar delictivo del agente.

La idea de “indemnidad sexual” se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen, a priori de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual.

En términos del español Muñoz Conde⁴¹, podemos concluir que la protección de menores e incapaces se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. En el caso de los menores, para que cuando sean adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual, y en el caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos o apetitos sexuales.

Al delito de violación sexual también se le conoce como violación real o carnal y de acuerdo a la ley es el acceso carnal por vía vaginal, anal, bucal o realizando otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías; mediante la utilización de violencia física o grave amenaza que venza la resistencia del agraviado.

El Delito de violación consiste en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, ejecutando sin su consentimiento o contra su voluntad; mediante violencia real o física como por amenaza grave o intimidación presunta.

⁴¹ Derecho Penal Parte Especial año 2001 pág. 201.

Hay dos voluntades discordantes, una que desea y quiere acceso carnal y otra como es la del sujeto pasivo que se resiste a practicar el acto sexual o análogo es por ello que el consentimiento tiene vital importancia en la violación sexual ya que se da la aceptación no hay delito.

El tipo penal se encuentra descrito en el artículo 170 del Código Penal vigente.

Con Relación a la tipicidad objetiva se advierte que el nomen juris de delito de violación sexual” queda corto y por tanto no abarca todo su contenido. Aquel rótulo sólo representa el contacto sexual de la vagina o ano del sujeto pasivo con el órgano sexual natural del sujeto activo. Contactos sexuales de tal naturaleza configuraban violación sexual desde que se comenzó a sistematizar los delitos sexuales. En cambio ahora, al haberse legislado en forma taxativa que también el conducto bucal sirve para configurar el acceso carnal, así como haberse previsto que aparte del miembro viril del agente puede hacerse uso de otras partes del cuerpo u objetos para acceder sexualmente a la víctima, debe concluirse en forma coherente que el nomen juris “violación sexual” debe ser sustituido por el de “acceso carnal sexual prohibido”

De esta forma, con la modificación que en algún momento se efectuara en el Código Penal respecto de los delitos sexuales por las leyes 28251 y 28704, el delito de acceso carnal se configura cuando el agente o sujeto activo haciendo uso de la violencia o amenaza grave logra realizar el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) o análogo (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal) con la víctima sin contar con su contenido o voluntad. El acceso carnal (acto sexual, cópula, ayuntamiento, coito) se realiza sin el consentimiento o en contra de la voluntad del sujeto pasivo. El verbo “obligar” utilizado en la redacción del tipo penal, indica que previo al acceso carnal, se vence o anula la resistencia del sujeto pasivo lo constituye la violencia y la grave amenaza.

La formulación “obliga a una persona” que exige el tipo penal, puede comprender tanto un comportamiento pasivo de la víctima como la realización de actos positivos de penetración vaginal o análoga, a favor del autor o de un tercero. Esto permite criminalizar comportamientos graves como el de la mujer que obliga por la violencia o amenaza grave a un varón a que le practique el acto sexual o la coacción a una mujer para que tolere la práctica sexual de un tercero.

En esa línea, el delito de acceso carnal sexual perfecciona con acciones sexuales. Es decir, mediante acciones por las cuales el agente involucra a otra persona en un contexto sexual determinado, entendiendo por contexto sexual toda situación para cuya valoración el autor de la conducta, cuando menos, acude a juicios de valor referentes al instinto humano que suscita atracción entre sexos. Esto es importante tenerlo en cuenta, pues si el agente con su actuar no persigue satisfacer cualquiera de sus apetencias sexuales, y por el contrario, sólo persigue lesionar la vagina de la mujer por ejemplo se descartará la comisión del delito de acceso carnal sexual así se haya introducido en la cavidad vaginal objetos (palos fierros) o partes del cuerpo (mano, dedos). Igual se descarta la comisión del delito en el caso de obligar a alguna persona a transportar droga empaquetada en forma de pene en su vagina o en su recto.

En suma en los supuestos delictivos es necesario que el agente tenga como objetivo satisfacer alguna apetencia de carácter sexual, caso contrario, el delito al menos sexual, no se configura. De ahí que en doctrina se sostenga que en los delitos sexuales siempre se exige la participación de un elemento adicional al dolo.

La conducta típica de asalto sexual o mejor, acceso carnal sexual prohibido se perfecciona cuando el sujeto activo obliga a realizar el acceso carnal sexual al sujeto pasivo haciendo uso de la fuerza física, intimidación o de ambos factores. El acto sexual o acceso carnal puede ser tanto por la vía vaginal, anal, bucal o mediante la realización de otros actos análogos como al introducción de objetos o partes del cuerpo por la cavidad vaginal o anal del sujeto pasivo.

Se amplía de este modo los instrumentos de acceso sexual prohibido, ya no limitándose al miembro viril sino también se prevé como elementos de acceso a otros objetos o partes del cuerpo, pues éstos son igual de idóneos para producir la afectación, mediante invasión, de la libertad sexual.

6.2.1.1. La felatio in ore como modalidad del acceso carnal.-

La promulgación de la ley N°28251 de junio del 2004, ha puesto fin a la discusión en la doctrina nacional respecto de considerar la fellatio in ore como una forma de consumir el acto o acceso carnal sexual prohibido. Antes de la modificatoria. En la doctrina penal peruana existió viva controversia.

Así, Francisco Muñoz Conde⁴² sostiene que según la redacción del código penal resulta discutible se incluye el coito oral o bucal-Fellatio in ore-dentro del acto análogo. A este respecto, y por una parte resulta problemática equiparar en trascendencia y gravedad el acto sexual y el coito anal con el coito oral, pues los primeros suponen un cierto daño físico, manifestado especialmente en el coito vaginal, por medio del cual puede producirse la desfloración, sobre todo en el caso de menores circunstancias que no se da en el coito oral. Por otro lado el coito oral plantea problemas respecto a la consumación, dado que se sigue el mismo criterio para la consumación en todos los comportamientos típicos –penetración total o parcial del pene- será muy difícil probar este hecho en el coito oral, por lo que, tal vez haría que exigir la eyaculación en la cavidad bucal- inmissio seminis-.

Por su parte Caro Coria, después de exponer que en la doctrina nacional aún no estaba zanjado si el denominado “fellatio in ore” o acto buco-genital debe considerarse como “acto análogo” tomando postura en la polémica, interpretativamente sostenía que “no debe perderse de vista que el enunciado 2acto análogo” presente en todos los tipos de violación del vigente Código Penal, constituye una cláusula general que permite la interpretación analógica, de modo que análogo al “acto sexual” puede considerarse tanto la práctica contra natura como la vaginal o anal, refleja una concepción de las relaciones sexuales restringida a la “genitalidad”. El ejercicio violento de la sexualidad – con sobrada razón continuaba Caro Coria- no sólo ataca aspectos físicos, al derecho penal le compete proteger todos los aspectos de la autodeterminación e intangibilidad sexuales. Para la víctima una práctica bucogenital realizada bajo violencia podría ser tan denigrante como una penetración vaginal bajo amenaza, del mismo modo si el autor persuade a un menor de 10 años a realizarle el acto oral puede provocarle graves perturbaciones psicológicas e incluso inducirlo a una homosexualidad no elegida por el menor en libertad.

Es más, para efectos de la consumación, no interesa el eventual daño físico que pueda ocasionarse al sujeto pasivo. Como por ejemplo la desfloración; tal circunstancia de producirse, sólo tendrá efecto al momento de graduar la penal por el juzgador.

No obstante, desde la perspectiva de la dogmática penal que se basa primordialmente en el derecho positivo, con la Ley 28251, la polémica concluyó. Ahora

⁴² Manual de Derecho Penal parte Especial tomo II Barcelona-España 2005.

por disposición expresa del modificado tipo penal, el acto o acceso carnal sexual prohibido puede materializarse tanto por vía vaginal como por vía anal y bucal.

Sin duda, en el delito de acceso carnal sexual vía bucal se presentarían problemas para probar la consumación, sin embargo, bastará probarse que el sujeto activo introdujo su miembro viril en la cavidad bucal de la víctima para alegar que estamos ante un delito consumado, siendo irrelevante la eyaculación. Por lo demás, en todos los delitos resulta difícil probar su consumación, más tal hecho no puede servir como excusa o pretexto para excluir o negar su existencia.

6.2.1.2. El uso de objetos como modalidad del acceso sexual prohibido.

También se materializa el delito de acceso carnal sexual cuando el agente en lugar de usar su órgano sexual natural (pene) introduce por la vía vaginal o anal, objetos o partes del cuerpo. La ampliación de los instrumentos penetrantes en el campo sexual, tiene su explicación en el hecho que actualmente no tiene mayor sentido limitar el instrumento de invasión al miembro viril, pues si éste es el único que puede afectar a la reproducción, otros objetos son igual de idóneos para producir la afectación, mediante invasión, de la libertad sexual.

6.2.1.3. El uso de partes del cuerpo como modalidad del delito de acceso sexual.

El segundo supuesto, se materializa cuando el agente del acceso carnal prohibido en lugar de hacer uso de su órgano sexual natural u objetos tipo prótesis sexual, introduce en su víctima vía vaginal o anal, partes del cuerpo. Se entiende que en esta hipótesis delictiva, el agente sustituye al pene u objetos con apariencias de pene, con partes del cuerpo que pueden cumplir la misma finalidad cual es acceder sexualmente a la víctima “partes del cuerpo” comprende cualquier órgano o miembro corporal que indudablemente tenga apariencia de pene. El supuesto se presenta cuando por ejemplo, el agente introduce por la vagina o el ano del sujeto pasivo, los dedos, la lengua, la mano completa, etc. Aquí las “partes del cuerpo” a que hace referencia el tipo penal, pueden ser tanto del agente como de la misma víctima, pues aquel muy bien haciendo uso de la fuerza puede coger la mano de su víctima-mujer.

La ampliación del tipo penal para considerar como elementos similares al miembro viril a las partes del cuerpo, no tiene mayor explicación y fundamento que el de utilizar al derecho penal para complacer y mantener en paz a la opinión pública. En la realidad concreta no hay equiparación razonable entre penetración del miembro viril u objetos que se le parezcan con la introducción de partes del cuerpo. Sin duda, esta ampliación del tipo penal quiebra el principio de proporcionalidad penal al equiparar comportamientos que revisten diferente gravedad. Un elemental sentido común advierte que no es proporcional introducir un dedo o la lengua por ejemplo a la cavidad vaginal o anal del sujeto pasivo y por tanto merezca idéntico reproche penal, que la penetración del pene o un objeto con apariencia de pene en la vagina o cavidad anal de la víctima.

En otro aspecto, por exclusión tácita del tipo penal, no existe delito de acceso carnal sexual cuando el agente simplemente se limita a introducir objetos o partes del cuerpo en la boca de la víctima. A lo más tal hecho será calificado como acto obsceno siempre y cuando la introducción del objeto o parte del cuerpo en la boca de una persona sea en un contexto de apariencia sexual.

6.2.1.4. Medios típicos del acceso sexual prohibido.

Del mismo contenido del modificado tipo penal 170° se advierte que el delito de acceso carnal sexual, se materializa o perfecciona cuando el agente con la finalidad de someter a su víctima a un contexto sexual determinado hace uso de la violencia o amenaza grave. Es este modo “la violencia” o “amenaza” grave” se constituyen en los dos únicos medios que configuran el delito en hermenéutica jurídica. Ellos lo caracterizan hasta el punto que si en la consumación de un acceso o coito sexual no concurre alguno de aquellos medios, el delito en análisis no se configura.

La violencia se entiende como una energía física que desarrolla o ejerce el autor sobre la víctima. El autor recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la resistencia u oposición de la víctima. La violencia se traduce en actos materiales sobre la víctima (golpes, cogerla violentamente de las manos) tendientes a someterlo a un contexto sexual deseado por el agente pero a la vez, no querido ni deseado por el sujeto pasivo. Aquí pareciera que se pretende incorporar a la resistencia como un elemento más del tipo penal, no obstante, la verificación de la resistencia sólo sirve como un medio de prueba del acto sexual indeseado.

Todo parece simple y obvio, sin embargo, la polémica nada pacífica en la doctrina se presenta respecto de la continuidad o no de la fuerza física en el desarrollo del acceso carnal prohibido. Ciertos tratadistas, consideran que la fuerza desplegada por el autor debe ser seria y constante en contraposición de la resistencia también constante del sujeto pasivo. Esta posición llega al exceso de considerar a la resistencia de la víctima como otro elemento del delito. De ese modo, si no hay resistencia de la víctima así no esté de acuerdo con el acto sexual, el delito no se configura.

Otro sector predominante de la doctrina, teniendo presente el presupuesto que las leyes penales no imponen actitudes heroicas a los ciudadanos, consideramos que no es necesario un continuo despliegue de la fuerza física ni menos una continuada resistencia de la víctima. Es descabellado sostener que se excluye el delito de acceso carnal sexual debido que la víctima no opuso resistencia constante. Naturalmente, no es necesario que la violencia se mantenga todo el tiempo que dure la violación ni tampoco que la resistencia sea continuada; ello sería absurdo desde el punto de vista de la práctica y de las circunstancias del hecho. Suficiente queda de manifiesto la violencia y la voluntad contraria al mantenimiento de relaciones sexuales.

En tal sentido, en caso concreto, para efectos de configuración del hecho punible, sólo bastará verificar la voluntad contraria de la víctima a practicar el acto o acceso carnal sexual vaginal, anal o bucal. La ausencia de consentimiento o la oposición del sujeto pasivo a la relación sexual buscada por el agente se constituyen en elemento trascendente del tipo penal. Circunstancias que necesariamente debe manifestarse tanto en momentos previos como en la consumación del acto mismo. En consecuencia, así no se verifique actos de resistencia de parte del sujeto pasivo, se configura el ilícito penal siempre y cuando se acredite la falta de consentimiento de la víctima o desacuerdo de aquella con el acto asexual practicado abusivamente por el agente.

Incluso en este cambio de mentalidad el operador jurídico debe aceptar sin titubeos que se configura el delito de acceso sexual violento, cuando el agente haciendo uso de la violencia impone el acto sexual al sujeto pasivo, luego que éste provocó un contexto apropiado para tener relaciones sexuales, no obstante después se arrepiente y se desiste de continuar.

6.2.1.5.- La amenaza grave

En principio, nadie está legalmente autorizado para imponer o condicionar a otra persona a mantener una relación sexual. Imponer o condicionar el acceso carnal evidencia lesión a la libertad sexual.

La amenaza grave en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la víctima, cuya finalidad es intimidarlo y se someta a un contexto sexual determinado. No es necesario que la amenaza sea invencible sino meramente idónea o eficaz. La amenaza es una violencia psicológica que naturalmente origina intimidación en aquel que la sufre. Su instrumento no es el despliegue de una energía física sobre el sujeto pasivo, sino el anuncio de un mal. La amenaza o promesa directa de un mal futuro. Puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique.

En este ámbito la amenaza es condicional. La condición es de carácter sexual: para evitar el mal anunciado, el sujeto pasivo amenazado tiene que someterse al acceso carnal que le impone el agente. De ese modo se distorsiona o perjudica el proceso de formación de la voluntad del sujeto pasivo destinatario de la amenaza.

El mal a sufrirse mediata o inmediatamente, puede constituirse en el daño de algún interés de la víctima que le importa resguardar, como su propia persona, su honor, sus bienes secretos o personas ligadas por efecto. Etc. La amenaza grave a parte de lesionar el proceso de formación de la voluntad de la persona, pone en peligro los bienes sobre el que recae el mal anunciado.

La discusión en la doctrina se presenta en el sentido que para no pocos tratadistas, la amenaza debe tener un carácter formal, grave y serio, presente e irresistible, capaz de intimidar y suficiente para producir una verdadera coacción de la voluntad del sujeto pasivo.

Esta posición peca de estricta y por ello restringida. Para evaluar y analizar el delito de acceso carnal sexual, desde el principio debe tenerse en cuenta el problema de la causalidad entre la acción intimidante y el acto sexual o análogo, la personalidad, la constitución física y las circunstancias que rodean al sujeto pasivo. En ese sentido, no es necesario que la amenaza sea seria y presente. Sólo será necesario verificar si la capacidad psicológica de resistencia u oposición del sujeto pasivo ha quedado suprimida o substancialmente disminuida o mermada.

Es difícil dar normas para precisar el poder o la eficiencia de la amenaza, quedando esta cuestión a criterio del operador jurídico en el caso concreto. La amenaza tendrá eficacia según las condiciones y circunstancias existenciales del sujeto pasivo. Muchas veces la edad de la víctima, su contexto social y familiar que le rodea puede ser decisiva si la víctima tuvo serios motivos para convencerse que sólo su aceptación de realizar el acto o acceso carnal sexual, evitará el daño anunciado y temido. La gravedad de la amenaza deberá medirse por la capacidad de influir en la decisión de la víctima de manera importante. El análisis tendrá que hacerse en cada caso que la sabia realidad presenta, toda vez que lo que para uno puede constituir una amenaza intrascendente, para otro, la misma amenaza puede revestir gravedad.

El tipo penal se refiere a los supuestos en que el agente anuncia a la víctima la realización de un mal grave. En caso de negarse a practicar el acceso sexual o se opusiera. Este elemento, exige que ese mal anunciado sea evidente e inminente y capaz de causar un daño real al sujeto pasivo terceros que tengan relación afectiva con la víctima. Por el contrario, no comete acceso carnal sexual prohibido quien realiza acceso carnal sobre una persona quien a cambio obtendrá una ventaja para su persona o un tercero, como por ejemplo colocarse en un centro laboral. Igual, el simple temor reverencial no llena las exigencias del tipo penal. Incluso, consideramos que el acto sexual o análogo conseguido mediante la amenaza de revelar la edad de la víctima en que ha sido descubierta, no constituye delito de violación en principio, salvo las especiales circunstancias ya mencionadas.

Es indudable que la amenaza como medio para lograr someter a la víctima al contexto sexual por ella no deseado ni querido, requiere las condiciones generales de toda amenaza; es decir, la víctima debe creer que existe la firme posibilidad que se haga efectivo el mal con que se amenaza; el sujeto pasivo debe creer que con el acceso sexual exigido por el agente, se evitará el perjuicio que se anuncia. Ello puede ser quimérico, pero lo importante es que la víctima lo crea. El acceso carnal sexual debe ser producto de la voluntad coaccionada del sujeto pasivo. El contenido de la amenaza lo constituye el anuncio de un mal. El anuncio de una situación perjudicial o desfavorable al sujeto pasivo.

4.2.1.6. Sujetos del delito de acceso carnal.

En el delito de hermenéutica jurídica la relación entre el sujeto activo y la víctima o sujeto pasivo es directa, caso contrario, aquel ilícito no se configura. Pareciera que no hubiera mayores problemas para la identificación de los sujetos no obstante, la discusión es ardua y poco pacífica. En la actualidad existe cierto acuerdo en algunos aspectos, más en otros existe viva controversia.

a.- Sujeto activo.

Se considera agente o autor del delito de acceso carnal sexual a toda persona que realiza la acción o acciones tendientes a cometer a un contexto sexual determinado al sujeto pasivo. Pudiendo ser tanto varón como la mujer. No necesariamente esas acciones tienen que ser materiales, como argumentan algunos tratadistas, al decir que la mujer no puede ser sujeto activo porque materialmente no tiene el instrumento para realizar el acceso carnal. En los tiempos actuales, esta posición no tiene la menor consistencia hasta por dos argumentos: Primero, la mujer como el varón tiene iniciativa y participación activa en una relación sexual u segundo, al haberse ampliado el tipo penal para considerarse otros instrumentos penetrantes como es “partes del cuerpo u objetos con apariencia de pene” es perfectamente posible que la mujer haga uso de tales instrumentos y somete sexualmente en forma violenta a un varón.

Asimismo, se sostiene que la mujer también es susceptible de ser autora del delito de acceso carnal sexual, ya que tiene pleno fundamento en una realidad insoslayable que no puede negarse la pena de pecar de ingenuidad y cuando no, de repetir posiciones foráneas sin mayor discernimiento. En efecto se constituye en una realidad concreta que la mujer tan igual que el varón, tiene iniciativa propia para propiciar y conducir una relación sexual haciendo realidad su plena libertad sexual, capacidad que es connatural al ser humano sin distinción de sexo. Libertad sexual que puede verse lesionada cuando una mujer obliga a un varón por medio de la violencia o amenaza grave a que la acceda sexualmente o le realice sexo oral a ella o a un tercero, situación que representa la posibilidad de realizar de manera directa el injusto penal. También puede ser coautora del delito, ya sea porque practica el acto sexual mientras otro desarrolla amenaza o ejerce violencia para que otro practique el acto sexual prohibido.

Sin duda, inaugurando el siglo XXI, debemos romper estereotipos mal posesionados, los mismos que han tenido cabida por mucho tiempo en el derecho penal

.Desde ahora en el derecho punitivo no cabe suponer que la mujeres protagonista inactiva en las relaciones sexuales. Modernamente se trata de equiparar tanto al varón como a la mujer en derechos y obligaciones; excepto que por su propia naturaleza fisiológica no se les puede igualar. En los tiempos post modernos no tiene cabida el mito sexual que “los violadores son sólo hombres”.

b.- Sujeto pasivo.

La doctrina es unánime en considerar que pueden ser sujeto pasivo o víctima del delito de acceso carnal sexual tanto el varón como la mujer mayores de edad sin otra limitación que el de estar vivos, y sin importar su orientación sexual o si realizan actividades socialmente desfavorables como la prostitución o la sodomía. De esa forma el tipo penal responde a la realidad delictiva. La identificación de ambos sexos viene de suyo. No obstante, el impacto de este reconocimiento fue largamente discutido.

El sujeto pasivo no debe tener ninguna otra condición que la de ser persona natural con vida. No tiene mayor importancia su edad, raza, cultura, ocupación, clase social, credo religioso, habilidad y recursos económicos. Ahora no tiene cabida el mito sexual que los hombres sólo son violados si son homosexuales. De tal modo, en caso de la mujer puede ser agraviada, la soltera o casada virgen o desflorada, viuda o divorciada, vieja o joven, honesta o impúdica, pues lo que se violenta no es su honestidad, honor u otra circunstancia, sino la libertad de disponer libremente de su sexo así como el oponerse a los actos sexuales en los cuales no desea participar.

6.3.- VIOLENCIA SEXUAL EN NUESTROS CÓDIGOS PENALES:

Código Penal 1863: Sección Octava: "Delitos contra la honestidad" Título II. Se regulaba la violación y el estupro en nuestros códigos.

a.- Código Penal 1924: Título I, Sección Tercera, del Libro Segundo. "Delitos contra las buenas costumbres". Delitos contra la libertad y honor sexual. Regula la violación, actos contrarios al pudor y seducción. Había pena de muerte para los que violaban a menor año. Conceptualización sistemática del bien objeto de protección estaba germinada de contenidos moralizantes contrario a los postulados legitimadores de un Derecho Penal Liberal.

b.- Código Penal 1991: Libro segundo. Parte especial "Delitos" Título IV: Delitos contra la libertad. Capítulo IX: 'Violación de la libertad sexual'. Sustituye la concepción moralista del CP del 24 al proteger únicamente la libertad sexual en lugar del honor sexual. Suprime la noción de conducta reprochable en la seducción, no diferencia el BJP en función de la edad de la víctima (libertad sexual e indemnidad sexual). Mantiene criterios morales y relativos como actos contra el pudor o actos obscenos.

a. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.- Ha sido sinuosa la evolución legislativa en materia de delitos sexuales; Sin embargo ha existido un derrotero común: sobre criminalización y sobrepenalización de las conductas.

6.4.- ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

6.4.1.- Ámbito sexual y la libertad:

Norberto Bobbio, distingue entre libertad de querer o de voluntad (libertad positiva), y libertad de obrar (libertad negativa).

- 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.
- 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.
- Díez Rípolles, dice que los delitos de la libertad sexual tienen dos aspectos:
- lo positivo, significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social; y,

- a. 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 Fernández, dice que la libertad sexual debe entenderse de dos maneras: como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respecto a la libertad ajena; y como facultad de repeler .agresiones sexuales de terceros.

Caro Coria, dice que la libertad sexual debe entenderse como:

- Sentido positivo-dinámico de la libertad sexual, se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales.
- Sentido negativo - pasivo, se concreta en capacidad de la persona de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir.

Esta división se hace con fines pedagógicos, ya que la libertad sexual en su vertiente positiva como negativa no se oponen entre sí, ambos constituyen un complemento que refleja distintos aspectos de un mismo bien jurídico.

Debemos señalar que la libertad sexual es la facultad de la persona para autodeterminarse 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.

Definición de Violencia Sexual:

Miquel Noquera, define 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.

Tiequi, la violación puede conceptuarse como el acceso carnal obtenido o procurado mediante violencia o sin consentimiento de la víctima.

Pedro Bodanelly, define como 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.

Maggiore Giuseppe, consiste en obligar a alguno a la unión carnal por medio de la violencia o amenaza.

Sin embargo, de estas definiciones podemos ver que el concepto de Noguera Ramos, es el más completo al reunir todos los presupuestos que debería cumplir la violación sexual.

Según El *actus reus* del crimen 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.

El Estatuto de la Corte incorporó en la definición de violación, un término mucho más amplio que el de penetración, 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.

6.5.- EN EL CODIGO PENAL PERUANO.

6.5.1.- Delito de violación sexual.

Al delito de violación sexual también se le conoce como violación real o carnal y de acuerdo a la ley es el acceso carnal por vía vaginal, anal, bucal o realizando otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías; mediante la utilización de violencia física o grave amenaza que venza la resistencia del agraviado.

El Delito de violación consiste en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, ejecutando sin su consentimiento o contra su voluntad; mediante violencia real o física como por amenaza grave o intimidación presunta.

Hay dos voluntades discordantes, una que desea y quiere acceso carnal y otra como es la del sujeto pasivo que se resiste a practicar el acto sexual o análogo es por ello que el consentimiento tiene vital importancia en la violación sexual ya que se da la aceptación no hay delito.

El tipo penal se encuentra descrito en el artículo 170 del Código Penal vigente.

Con Relación a la tipicidad objetiva se advierte que el nomen juris de delito de violación sexual” queda corto y por tanto no abarca todo su contenido. Aquel rótulo sólo representa el contacto sexual de la vagina o ano del sujeto pasivo con el órgano sexual natural del sujeto activo. Contactos sexuales de tal naturaleza configuraban violación sexual desde que se comenzó a sistematizar los delitos sexuales. En cambio ahora, al haberse legislado en forma taxativa que también el conducto bucal sirve para configurar el acceso carnal, así como haberse previsto que aparte del miembro viril del agente puede hacerse uso de otras partes del cuerpo u objetos para acceder sexualmente a la víctima, debe concluirse en forma coherente que el nomen juris “violación sexual” debe ser sustituido por el de “acceso carnal sexual prohibido”

De esta forma, con la modificación que en algún momento se efectuara en el Código Penal respecto de los delitos sexuales por las leyes 28251 y 28704, el delito de acceso carnal se configura cuando el agente o sujeto activo haciendo uso de la violencia o amenaza grave logra realizar el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) o análogo (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal) con la víctima sin contar con su contenido o voluntad. El acceso carnal (acto sexual, cópula, ayuntamiento, coito) se realiza sin el consentimiento o en contra de la voluntad del sujeto pasivo. El verbo “obligar” utilizado en la redacción del tipo penal, indica que previo al acceso carnal, se vence o anula la resistencia del sujeto pasivo lo constituye la violencia y la grave amenaza.

La formulación “obliga a una persona” que exige el tipo penal, puede comprender tanto un comportamiento pasivo de la víctima como la realización de actos positivos de penetración vaginal o análoga, a favor del autor o de un tercero. Esto permite criminalizar comportamientos graves como el de la mujer que obliga por la violencia o amenaza grave a un varón a que le practique el acto sexual o la coacción a una mujer para que tolere la práctica sexual de un tercero.

a) Sujeto Pasivo.

La doctrina es unánime en considerar que pueden ser sujeto pasivo o víctima del delito de acceso carnal sexual tanto el varón como la mujer mayores de edad sin otra limitación que el de estar vivos, y sin importar su orientación sexual o si realizan actividades socialmente desfavorables como la prostitución o la sodomía. De esa forma

el tipo penal responde a la realidad delictiva. La identificación de ambos sexos viene de suyo. No obstante, el impacto de este reconocimiento fue largamente discutido.

El sujeto pasivo no debe tener ninguna otra condición que la de ser persona natural con vida. No tiene mayor importancia su edad, raza, cultura, ocupación, clase social, credo religioso, habilidad y recursos económicos. Ahora no tiene cabida el mito sexual que los hombres sólo son violados si son homosexuales. De tal modo, en caso de la mujer puede ser agraviada, la soltera o casada virgen o desflorada, viuda o divorciada, vieja o joven, honesta o impúdica, pues lo que se violenta no es su honestidad, honor u otra circunstancia, sino la libertad de disponer libremente de su sexo así como el oponerse a los actos sexuales en los cuales no desea participar.

Que los efectos causados por el delito de acceso carnal sexual pueden implicar años de recuperación física y psicológica de las víctimas. Estas a consecuencia de la violación pueden sufrir de estrés post traumático. Situación que unida al temor de ser estigmatizadas por los medios de comunicación y la sociedad entera, muchas agraviadas o agraviados optan por no denunciar el asalto sexual sufrido.

b) Tipicidad Subjetiva

El aspecto subjetivo del delito de acceso carnal sexual se constituye inexorablemente por dos elementos:

c) Elemento subjetivo adicional al Dolo

En esta clase de delito se exige la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo que se constituye en el leif motiv del objetivo o finalidad última que persigue el agente con su conducta. La finalidad u objetivo que busca el autor al desarrollar su conducta no es otra que la satisfacción de su apetencia o expectativa sexual para lograr tal motivada o guiada finalidad, el agente obra la mayor de las veces por medio de un plan previamente ideado, Si aquel elemento subjetivo adicional que la doctrina lo etiqueta como animus lubricus o ánimo lascivo, no se verifica en la realidad y por el agente sólo actúa motivado por la finalidad de lesionar a su víctima introduciéndole ya sea por la cavidad vaginal o anal, objetos o partes del cuerpo, se descartará la comisión del delito de acceso carnal sexual violento.

Sin margen de duda , en la mayoría de supuestos o hipótesis delictivas de asalto sexual, el autor obra con tendencia o finalidad principal lasciva, sin embargo, no siempre

es así, pues en la realidad se presentan atentados de carácter sexual guiados por la finalidad o motivo principal de venganza, burla, curiosidad, despecho. Supuestos pero con carácter secundario. No obstante, en todos estos supuestos, al estar presente la satisfacción sexual que guía en forma principal o accesoria la conducta del sujeto activo en su actuar sexual, configuran el delito de análisis.

En consecuencia, lo decisivo es el leif motiv de la finalidad que persigue el autor con su actuar. Si su objetivo no es lograr la satisfacción de alguna apetencia de carácter sexual, se descarta la comisión del delito en hermenéutica jurídica.

CAPITULO VII

TRATAMIENTO LEGAL DE LAS RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS CON PERSONAS DE 14 Y MENORES DE 18 AÑOS.

7.1. PREAMBULO.

La aprobación en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú de un Proyecto de Ley que despenaliza las relaciones sexuales consentidas mantenidas con adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad, lo cual nuevamente ha reabierto el debate que sobre el tema se ha realizado en diferentes momentos y ámbitos del escenario nacional.

Proyectos legislativos de similar contenido ya habían sido presentados antes. Incluso hubo una aprobación de uno de ellos en el Pleno del Congreso, pero el Presidente de la República lo observó, no llegando a concretizarse en Ley. Ahora, sin embargo, la iniciativa legislativa ha provenido del mismo Poder Ejecutivo.

En diferentes oportunidades la aprobación de la referida ley, no tomaba en cuenta que el artículo 241 del Código Civil vigente, faculta al Juez, por motivos justificados, autorizar el matrimonio de adolescentes que tengan como mínimo 16 años cumplidos, lo cual trae como una lógica consecuencia la práctica sexual de los consortes.

La doctrina nacional criticó severamente esta modificación, muchos la consideraron anticonstitucional y violadora de principios del Derecho Penal. En la judicatura nacional, también se cuestionó la vigencia de esta regulación, y algunos órganos jurisdiccionales, al considerarla atentatoria de dispositivos constitucionales, no la aplicaron en casos concretos que iban conociendo, en mérito al control difuso de la constitucionalidad de las leyes (artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución Política de 1993)

Posteriormente, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, el 20 de noviembre del 2007, en la Consulta N° 2224-2007, aprobó la resolución de los magistrados arequipeños, en el caso de la agraviada de 17 años de edad. En el quinto fundamento de esta decisión se expresa: “el Código Civil permite el matrimonio entre los mayores de dieciséis años, entendiéndose que un menor de dieciséis años en adelante puede discernir para hacer uso de su sexualidad, y al castigarse dicha conducta se estaría

vulnerando el derecho a la libertad de las personas previsto en la Constitución Política del Estado”

La redacción del quinto considerando de la Consulta N° 2224-2007, dejaba entrever que para los magistrados de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, la tipificación como delito del trato carnal con adolescentes de 14 a 16 años de edad no era anticonstitucional.

Posteriormente, en Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, se expidió el Acuerdo Plenario N° 07-2007/CJ-116 (publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25/03/08), estableciéndose con carácter de doctrina legal que en un proceso penal por violación sexual, cuando la presuntamente agraviada tenga de 16 a menos de 18 años de edad, cabría alegarse para declarar exento de responsabilidad penal al procesado, la eximente establecida en el artículo 20 inciso 10 del Código Penal peruano, esto es “el actuar con el consentimiento válido del titular del bien jurídico de libre disposición”

Asimismo, se señaló que las relaciones sexuales consentidas con adolescentes de 14 a 16 años de edad constituían delito, pero se cuestionó las penas de 25 a 30 años de privación de la libertad que se establecen en la ley, por no ser proporcionales y por ser contradictorias con otras disposiciones del Código punitivo, donde las penas a imponer a quienes tienen trato carnal con estas personas mediando engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, no superaba los 6 años de privación de la libertad.

En este mismo acuerdo, los magistrados supremos, para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente, que no debería superar los 6 años de privación de la libertad, expresan algunos factores complementarios de atenuación que deberían tenerse en cuenta en cada caso concreto:

- a) Que la diferencia de edad entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
- b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.
- c) Que las culturas y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.

- d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

Posteriormente, el 19 de septiembre del presente año, la Corte Suprema de Justicia de la República publicó el Acuerdo Plenario N° 4-2008-CJ-116 (19/09/08), donde se establece con carácter de precedente vinculante que la exención de responsabilidad penal por actuar con consentimiento de la víctima, debe aplicarse no solo a los casos de prácticas sexuales con personas de 16 y menores de 18 años de edad, sino también a los casos donde la o el adolescente tenga de 14 a 16 años de edad. En este mismo acuerdo se señala que los factores complementarios de atenuación a los que hacía referencia el Acuerdo Plenario N° 07-2007/CJ-116, en mérito al nuevo Acuerdo, pierden vigencia.

De esta manera la máxima instancia judicial del país buscaba solucionar los problemas que trajo consigo la ley N° 28704, cuya vigencia, motivó que nos interroguemos ¿Acaso, no estaba induciendo a adolescentes a abortar, matar o abandonar a sus hijos recién nacidos en las vías públicas, para que no se conozca su identidad, y evitar que el padre de la criatura sea denunciado, procesado y eventualmente sancionado con penas que oscilan entre los 25 y 30 años de privación de la libertad?

En la actualidad, en aplicación el Acuerdo Plenario N° 4-2008-CJ-116, en el ámbito jurisdiccional las denuncias contra personas que han mantenido relaciones consentidas con personas de 14 y menores de 18 años de edad, vienen siendo archivadas.

Por lo que si logra convertirse en Ley el Proyecto aprobado recientemente en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso se estaría reconociendo algo que ya se aplica en los órganos jurisdiccionales del país.

7.2.- REFLEXIONES SOBRE EL ARTÍCULO 170° INCISO 11 DEL CÓDIGO PENAL.

El legislador no ha tomado en cuenta las normas supranacionales:

Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Derecho al matrimonio y a formar una familia: 1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión,

a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Protección a la Familia: 2) Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

- El legislador no ha tomado en cuenta la Constitución Política del Estado:
 - Derecho al Libre Desarrollo. Artículo 2 inciso 1).
 - Derecho a la Libertad. Artículo 2 inciso 24 párrafo a).
 - Principio de Legalidad. Artículo 2, inciso 24 literal d).
- El legislador no ha tomado en cuenta la regulación extra penal sobre la edad núbil de las personas en el Código Civil. Artículo 44, 46 y 241 (Ley N° 27201,14/11/99) del Código Civil, en el que se reconoce derecho al matrimonio y por ende a mantener relaciones sexuales a los menores mayores de 16 años, antes de la modificatoria era 14 años.
- No existe coherencia sistemática con las demás normas del Código Penal (Seducción, Actos Contra el Pudor en los que implícitamente se reconoce libertad sexual a los menores).
- El nuevo texto modificado por Ley 28704, vulnera el principio de proporcionalidad de las penas (el caso del usuario-cliente).

7.3. REALIDAD SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES:

- La encuesta CONAJU 2004 (Fuente ENDES 2000, 2004, 2005) muestra que el 22.5 % de la población del Perú es adolescente, los menores de 16 años representan el 38% del total de habitantes. El 23 % de adolescentes tienen su primera relación sexual antes de los 15 años, esta cifra crece a 27% en las zonas rurales y en la selva el porcentaje se eleva al 64%. Finalmente el 12.7 % de las adolescentes mujeres ya son madres o están embarazadas.

- Por lo que se concluye que en nuestro país un porcentaje significativo de adolescentes menores de dieciocho años de edad tiene una vida sexual activa; tal es así que el propio Estado a través del Ministerio de Salud ha diseñado, implementado y ejecutado políticas concretas de prevención e información en temas de sexualidad y reproducción mediante Normas Técnicas de Planificación Familiar, que señala que los adolescentes y las adolescentes están aptos, previa consejería, para recibir métodos anticonceptivos.

7.4. LA DACIÓN DE LA Ley N° 30076 Y EL DELITO DE VIOLACION DE MENOR DE EDAD.

Art. 170. Violación sexual

- Considera tipo base y agravado
- Se agregó el inciso 6. “Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad”.

Retorna al supuesto de violación sexual bajo violencia o grave amenaza como se estableció por la ley N°28251.

- Ausencia de agravante cuando agresor sea padre o quien tenga autoridad sobre la víctima, pues no diferencia entre sujetos del entorno familiar y fuera de él.
- Este supuesto se encuentran en el mismo nivel en el inciso 2, sin establecer diferencias si es que se trata de menor de 14 a 18y el agente tiene vínculo familiar con la víctima.
- El legislador recoge lo expuesto por la doctrina y la Corte Suprema.

¿El adolescente puede disponer de su libertad sexual?

Sí. Todo adolescente mayor de 14 y menor de 18 puede decidir sobre su vida sexual, sin que conlleve a una responsabilidad de terceros.

7.5. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES

Primer momento:

La Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el Expediente Penal N° 2006-2156, mediante resolución de fecha 28/05/2007 en ejercicio de su facultad de control difuso (en un caso de violación en el que la agraviada tenía 14 años de edad) inaplico a un caso concreto por inconstitucional el artículo 170 del Código Penal, elevándolo en consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República; este órgano jurisdiccional en fecha 20/11/2007 APROBO la consulta en cuanto declara INAPLICABLE para el caso concreto el artículo 173 inciso 3 del Código Penal (28704) por colisionar con los artículos 2º inciso 1, 2º inciso 24 apartado a), y 2º inciso 24 apartado d) de la Constitución Política del Estado, por consiguiente fundada la excepción de naturaleza de acción.

Segundo momento

Dación del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 de fecha 16/11/2007.

Temas Tratados: Aplicación del inciso 3) del artículo 173 del CP

Fundamentos:

- El inciso contiene una penalidad excesiva y desproporcionada.
- El legislador reprime con penas no mayores a 06 años las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello el engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza.
- Se debe considerar factores complementarios de atenuación:
 - a) Que la diferencia etaria entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
 - b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.
 - c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.
 - d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto pasivo de las prácticas sexuales realizadas.

Conclusiones:

- Si se asume como corresponde los artículos 44º, 46º y 241º del Código Civil, entonces cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años, debe aplicarse la institución del consentimiento artículo 20 inciso 10) CP, puesto que tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la Ley autoriza que pueda casarse.
- Si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre 14 a 16 años, se aplicará una pena acorde con lo previsto en el artículo 175º y 179º CP.
- Cuando el acceso carnal con persona entre 14 y 18 no es voluntario y se emplea violencia o amenaza es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 170 del Código Penal.

Tercer momento

Dación del Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 de fecha 18/07/2008.

Temas tratados:

- 1) La ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor entre 14 y 16 años.
- 2) La aplicación de la Responsabilidad Restringida.
- 3) El alcance del fundamento jurídico 11º del Acuerdo Plenario N° 07-2008/CJ-116.

Fundamentos:

- El artículo 44º, 46º y 241º del Código Civil disponen que la persona mayor de 16 y menor de 18 años es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio.
- El artículo 175 CP-seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con persona de 14 a 18 años, viciando su voluntad mediante el engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión de que la víctima tiene en principio libertad para disponer de su sexualidad (libertad viciada por el engaño).
- El artículo 176-A CP- atentado contra el pudor de menores, y el artículo 176 comprende a los actos de tocamiento indebido realizados sobre una persona mayor de 14 años, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. Esto

hace concluir que los mayores de 14 años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos indebidos.

- Al existir contradicción entre sí con las normas civiles y del propio Código Penal, debe aplicarse la Ley más favorable al reo.

Conclusiones:

- Se debe aplicar la exención de responsabilidad por el consentimiento en las relaciones sexuales consentidas, cuando la agraviada tiene entre 14 y menor de 18 años de edad.
- No se pronuncia sobre responsabilidad restringida por no tener facultades para ello.
- Se modifica anterior Acuerdo Plenario N° 07/2008/CJ-116.

7.6. LAS PERSONAS QUE HAN SIDO CONDENADAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LOS ACUERDOS PLENARIOS.

- La respuesta radica en la concepción que se tenga sobre un cambio jurisprudencial ¿El cambio jurisprudencial significa un cambio normativo?, si la respuesta es afirmativa, consiguientemente corresponde la revisión de la sentencia dictada bajo una interpretación errónea del tipo penal; si la respuesta es negativa, no corresponderá afectar la cosa juzgada que ha podido alcanzar la condena anterior.
- La Sala Penal de la Corte Suprema en el R. N. N° 1500-2006 el mismo que tiene el carácter de vinculante por efectos del Acuerdo Plenario N° 1-2007/ES V-22 del 16/11/2007.- Sostiene que el inciso 13 del artículo 139 de la Constitución Política reconoce la garantía de la cosa juzgada, en cuya virtud emitida una sentencia firme ésta no puede ser alterada o modificada, salvo los supuestos referidas a las modificaciones normativas más favorables posteriores conforme al artículo 6 del Código Penal.(Inciso 11 artículo 139 Constitución Política del Estado).
- Un cambio jurisprudencial no es un cambio normativo sino solo de una precisión de alcances de una concreta figura delictiva.
- Según la Constitución solo se admite la retroactividad benigna en materia penal y referida a la entrada en vigencia de una nueva ley; sin embargo ello no incluye en lo referente a un cambio jurisprudencial.

CAPÍTULO VIII

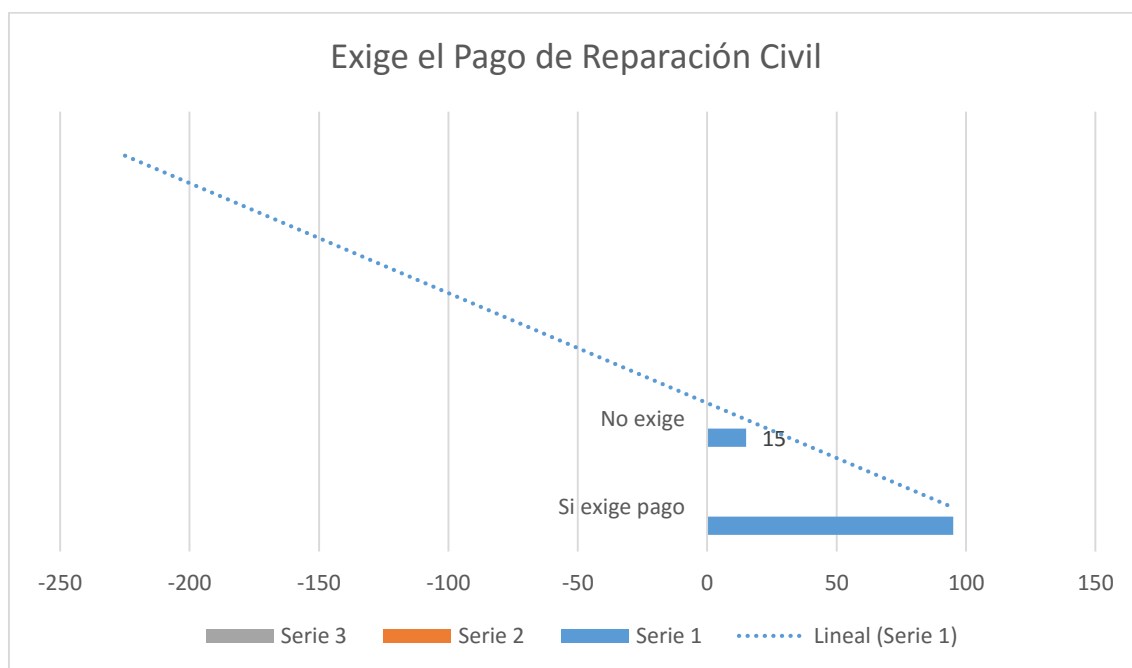
RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Los resultados obtenidos como consecuencia de la aplicación de las encuestas y la revisión de los expedientes, siendo del siguiente modo:

8.1. ENCUESTA A LOS ABOGADOS

1.- A la pregunta: ¿En los procesos penales, Ud. exige el pago de la reparación civil?

CUADRO 01

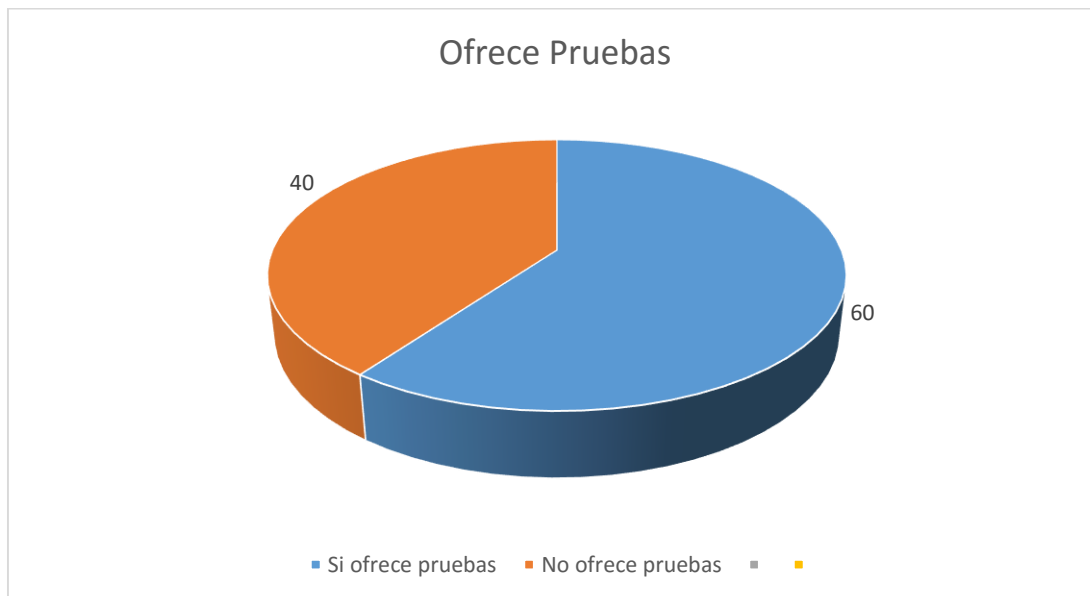


Fuente: Propia

El 85% de los abogados encuestados han respondido afirmativamente, frente al 15% de ellos que refieren que no solicitan el pago por concepto de reparación civil en los procesos penales; esto refleja, que casi todos los abogados que patrocinan a los actores civiles sí solicitan el pago de la reparación civil; no obstante, más adelante veremos las contradicciones y/o deficiencias para cuantificar el monto de dicha pretensión.

2.- A la pregunta ¿Ud. ofrece pruebas para cuantificar la reparación como pretensión económica?

CUADRO 02



Fuente: Propia

En contraste con el gráfico anterior en el que el 85 % de los encuestados manifestó que exigía el pago de la reparación civil en los procesos penales; en el presente gráfico se puede apreciar que solo el 60% ofrecen pruebas, se entiende para poder probar su pretensión económica, es decir probar la reparación civil, de allí, a que dicha prueba sea actuada aún existe mucha distancia; ya que como es sabido, solo después de su actuación los jueces de juzgamiento se encontrarán en la posibilidad de sustentar un monto adecuado por concepto de resarcimiento y/o indemnización.

Pregunta 3: ¿Ud. tiene conocimiento que con el nuevo sistema procesal penal se debe probar la pretensión económica?

CUADRO 03



Fuente:

Propia Sobre el particular, el gráfico refleja que el 55% de los abogados encuestados carecen de conocimiento que con el nuevo sistema procesal penal regulado por el Código Procesal penal de 2004, se ha establecido que cada pretensión tiene que ser debidamente probado; lo que implica que, si la reparación civil es una pretensión dicha pretensión tiene que ser probada, correspondiéndole esta tarea a la defensa del actor civil constituido al proceso.

Pregunta 4: ¿Ud. sabe que la pretensión económica debe ser debidamente sustentada durante el juicio oral?

CUADRO 04



Fuente: Propia

Como ya lo precisamos líneas arriba, si no se ofrecen los medios probatorios adecuados y en la etapa correspondiente del proceso, no será posible llevarlos a juicio oral, fase en la que debe de acreditarse la pretensión propuesta. A respecto, el gráfico de la encuesta arroja que el 71% de los abogados encuestados desconocen aún que dicha pretensión debe de sustentarse con documentos o testigos a ser actuados en el juicio oral.

Pregunta 5: ¿Ud. tiene conocimiento en qué consiste el daño moral, el lucro cesante, el daño emergente y el daño al proyecto de vida; podría darnos un ejemplo de cada uno de ellos?

CUADRO 05



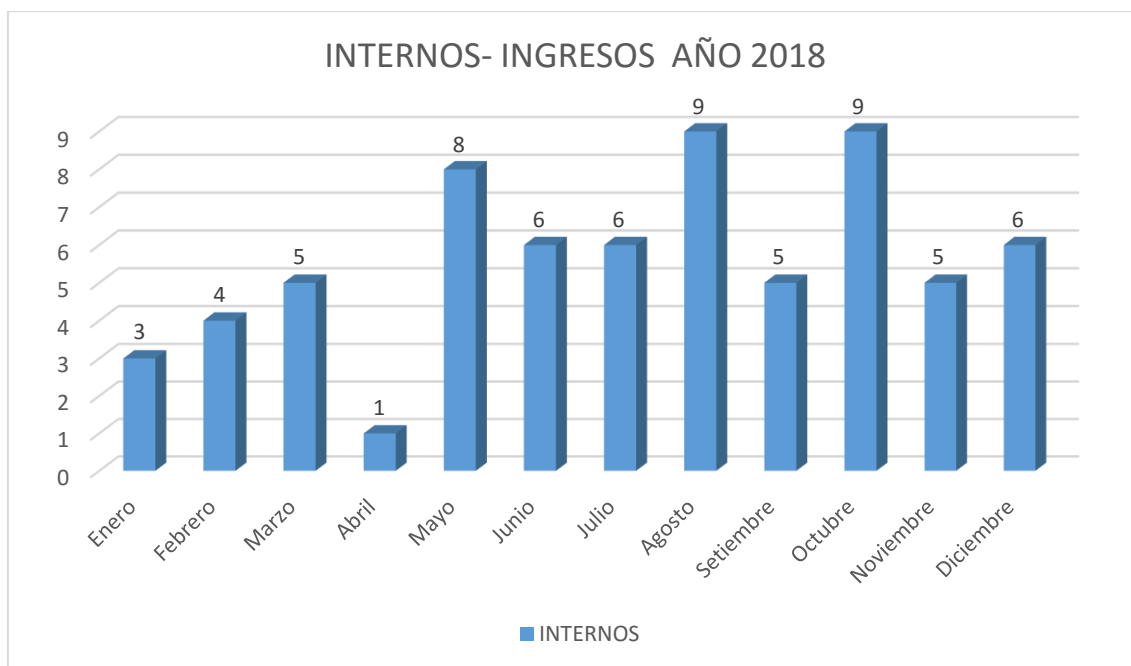
Fuente:

Propia Al advertir el resultado de la pregunta planteada podemos colegir, que solo el 31% de los abogados encuestados conocen en qué consisten el daño moral, el lucro cesante, el daño emergente y el proyecto de vida; a diferencia del 69% que carecen de dicha información, lo que revela, que muchos abogados no toman en consideración a las normas del Código Civil y/o a las instituciones del Derecho Civil, siendo así, es natural que se encuentren con dificultades al momento de cuantificar, ofrecer pruebas y sustentar el monto de la reparación civil durante el juicio oral, en los procesos penales.

8.2.- SITUACIÓN PENITENCIARIA DE SENTENCIADOS POR DELITOS DE VIOLACIÓN

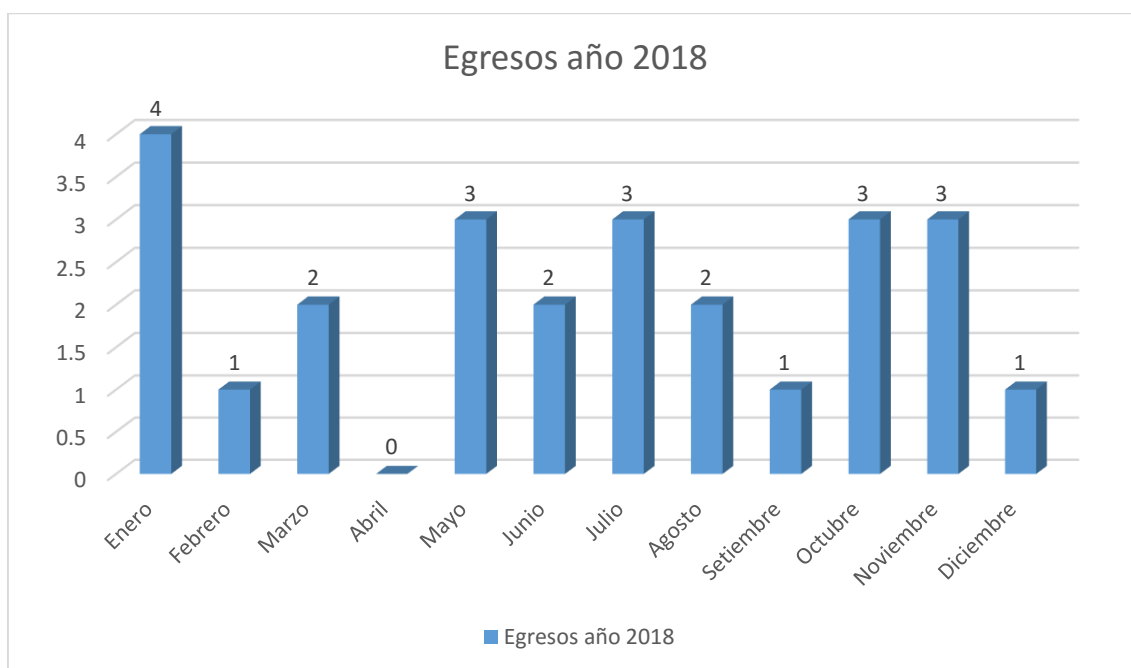
8.1.1.- Ingresos año 2018.

N°	Establecimiento Penitenciario Chiclayo	(Internos)
1	Enero	03
2	Febrero	04
3	Marzo	05
4	Abril	01
5	Mayo	08
6	Junio	06
7	Julio	06
8	Agosto	09
9	Setiembre	05
10	Octubre	09
11	Noviembre	05
12	Diciembre	06



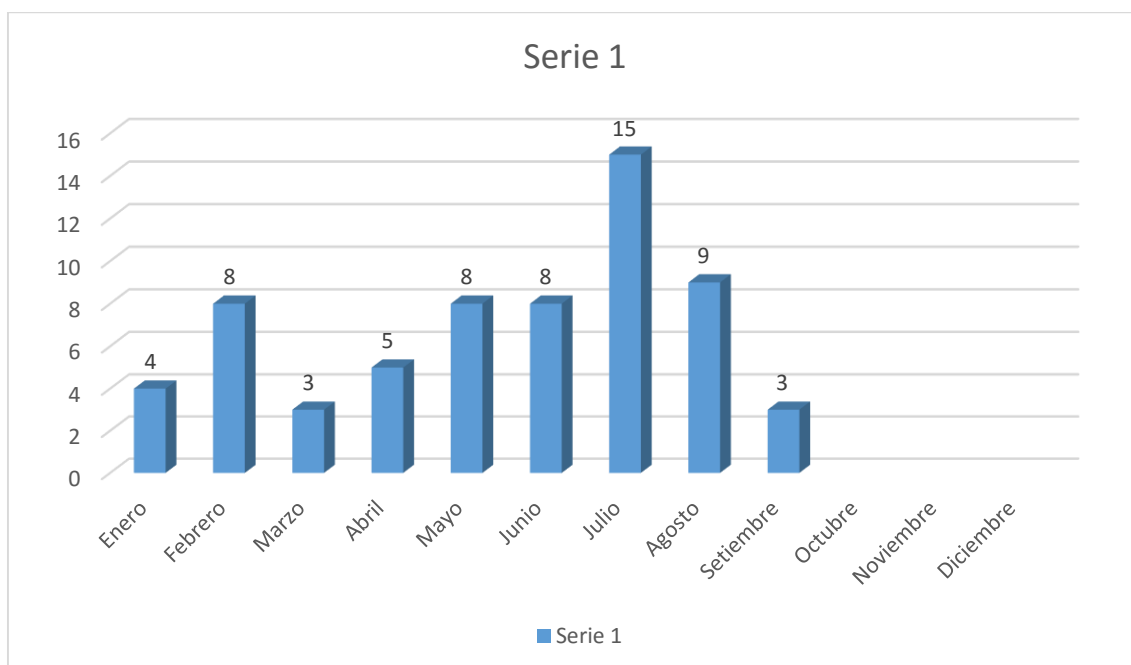
8.1.2.- Egresos año 2018.

N°	Establecimiento Penitenciario Chiclayo	(Internos)
1	Enero	04
2	Febrero	01
3	Marzo	02
4	Abril	00
5	Mayo	03
6	Junio	02
7	Julio	03
8	Agosto	02
9	Setiembre	01
10	Octubre	03
11	Noviembre	03
12	Diciembre	01



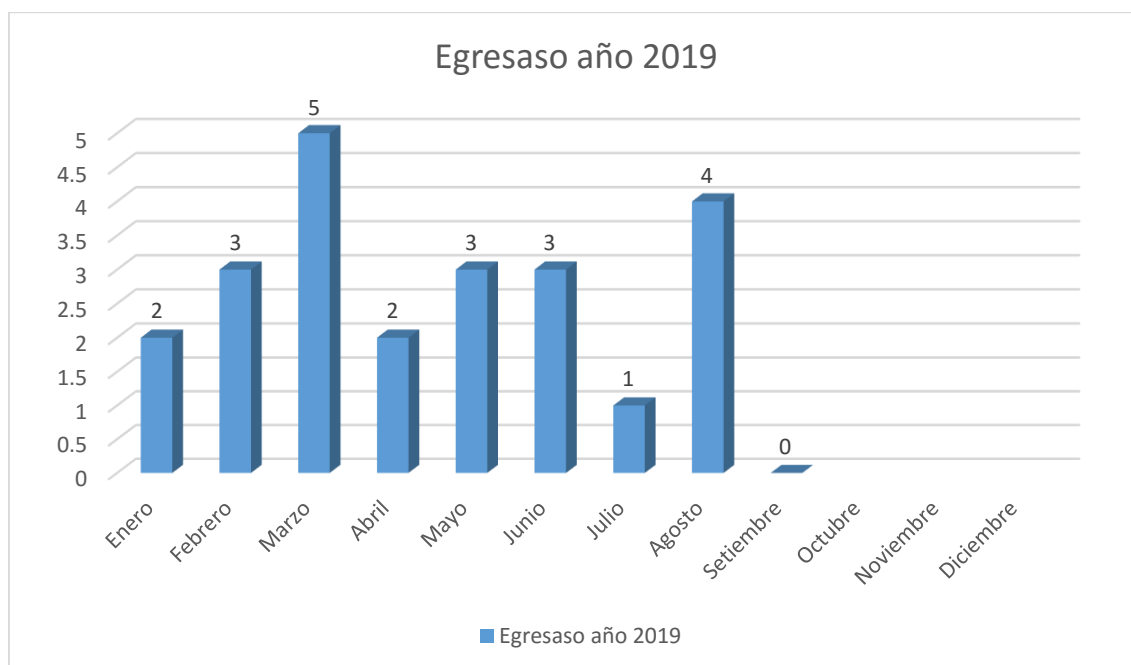
8.1.3.- Ingresos año 2019.

N°	Establecimiento Penitenciario Chiclayo	(Internos)
1	Enero	04
2	Febrero	08
3	Marzo	03
4	Abril	05
5	Mayo	08
6	Junio	08
7	Julio	15
8	Agosto	09
9	Setiembre	03
10	Octubre	
11	Noviembre	
12	Diciembre	



8.1.3.- Egresos año 2019.

N°	Establecimiento Penitenciario Chiclayo	(Internos)
1	Enero	02
2	Febrero	03
3	Marzo	05
4	Abril	02
5	Mayo	03
6	Junio	03
7	Julio	01
8	Agosto	04
9	Setiembre	00
10	Octubre	
11	Noviembre	
12	Diciembre	



CONCLUSIONES

1. En nuestra legislación nacional peruana no existe una regulación normativa sobre la reparación integral del daño a las víctimas del delito de violación sexual.
2. La reparación integral del daño a las víctimas del delito de violación sexual conforme a lo establecido por la Corte interamericana de Derechos Humanos comprende las siguientes medidas: Rehabilitación, que tiene el propósito de reducir la existencia de padecimientos por parte de las víctimas y sus familiares mediante la asistencia médica, psicológica, psiquiátrica y rehabilitación en relación con el proyecto de vida; restitución, implica el restitutio in integrum, aunque sea de modo parcial, indemnización, es una reparación pecuniaria que consiste, en síntesis, en una compensación de la pérdida de un bien con dinero y es, sin lugar a dudas, el tipo de reparación más generalizada; satisfacción, son aquellas de naturaleza no pecuniaria que tienen como finalidad compensar la violación de bienes que no son patrimoniales y las garantías de no repetición.
3. Se determinó que las sentencias emitidas por los jueces penales del distrito judicial de Lambayeque, en cuanto a los delitos de violación sexual en el periodo comprendido años 2018, respecto de la reparación fijan sólo montos dinerarios, no encontrando un criterio uniforme para determinar dicho monto, sino todo lo contrario, pues los montos que se señalan varían de manera desproporcional entre la pena privativa de la libertad para el acusado y la reparación civil a la víctima.
4. Los delitos contra la libertad sexual tipificados en nuestro ordenamiento penal, si bien es cierto se han incrementado las penas, por una lado es reconocido por la sociedad, pero por otro no se soluciona el problema del delincuente sexual, ya que el sistema carcelario y penitenciario está colapsado. Además, que no existe la rehabilitación, reeducación y resocialización, debido a las condiciones de hacinamiento y trato inhumano a los internos de los centros carcelarios del país.

RECOMENDACIONES

1. El Estado peruano debe promulgar un cuerpo normativo de acorde a la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual deberá establecer principios generales de reparación integral del daño a las víctimas del delito de violación sexual. En ese sentido, proponemos la redacción de un Proyecto de Ley sobre el derecho de los agraviados del delito de violación sexual a una Reparación Integral.
2. El Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, mediante la emisión de sus sentencias deben establecer jurisprudencia vinculante respecto de la reparación del daño a las víctimas del delito de violación sexual para que sea de obligatorio cumplimiento en todos los operadores jurídicos, sobre todo para los juzgadores al momento de emitir sus sentencias.
3. El Estado mediante el Ministerio de la Mujer, debe implementar y ejecutar programas de educación sexual, que deben ser dirigidos exclusivamente a las madres de familia, a fin de informarles y capacitarlas sobre temas sexuales, pues de esta manera se puede prevenir la comisión del delito de violación sexual de menores de edad, en el seno familiar.
4. Se debe brindar un adecuado tratamiento psicológico y psiquiátrico a las menores que han sido víctimas de violación sexual, con la finalidad de que colaboran en la ayuda psicológica para que superen el daño causado.
5. Se deben elaborar, implementar y desarrollar, los trabajos de información, promoción y difusión dirigidas a la población, principalmente al segmento de menores de edad, sobre **orientación y prevención de la violencia sexual**, a cargo de Fiscales de Prevención del delito, con la participación de Fiscales Escolares, de allí que su labor conjunta resultaría eficaz para morigerar los ilícitos sexuales que causan pavor social al enjambre colectivo.

BIBLIOGRAFIA

1. ALZAMORA SILVA, Lizardo: “Derecho Romano”. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1946.
2. ARIAS SCHREIBER, Max: “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”. Tomo II. Ediciones San Jerónimo, 1ª. Edición, 1988, Lima-Perú, 433 pp.
3. BALAREZO, Manuel: “Nuevo Código Civil” (D.L. 295 del 24/7/1984). Editorial Importadora y Distribuidora de Publicaciones S.A., 2ª. Edición, 1987, Lima-Perú, 512 pp.
4. BARBERO, Doménico: “Sistema del Derecho Privado, Libro IV, Contratos”. Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de Santiago Sentís Melando, 1967, Buenos Aires-Argentina.
5. CHAPARRO FLORES, Ana: “Cabalgando de paso por el Daño Patrimonial”. En: Diálogo con la Jurisprudencia, Enero-Febrero de 1998, Gaceta Jurídica-Editores. pp. 220 y ss.
6. CONGRESO DE LA REPUBLICA: “Constitución Política del Perú, 1993”. Edición Oficial del Congreso de la República, Lima-Perú, 114 pp.
7. DE CUPIS, Adriano: “El Daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Bosch Casa Editorial S.A., traducción de la 2ª. Edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, 1975, Barcelona-España, 852 pp.

8. DE TRAZEGNIES, FERNANDO: “La Responsabilidad Extracontractual”. Tomos I y II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª. Edición, 1988, Lima-Perú.
9. DEL BUSTO DUTHURBURU, Javier: “Accidentes de Tránsito”. 1ª. Edición, 1986, Lima-Perú.
10. DIAZ PASAPERA, Diomedes: “Investigación de Accidentes de Tránsito”. Impresiones Godoy, 1988, Lima-Perú, 155 pp.
11. ESPINOZA ESPINOZA, Juan: “Derecho de la Responsabilidad Civil”, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición. Perú 2002.
12. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: “El daño al Proyecto de Vida en una reciente Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Sentencia del 17 de Septiembre de 1997, caso Loayza Tamayo”. En: Diálogo con la Jurisprudencia- Gaceta Jurídica, No 12, setiembre de 1999, pp. 11-43.
13. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás: “La Reparación Civil en el Proceso Penal”. Idemsa, 1999, Lima-Perú, 404 pp.

Otras bibliografías

1. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, Manual de Derecho Penal. Civitas Editores. Madrid-España año 2000.
2. BEGUEE LEZAUN JJ. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Ley Orgánica 11/99 30 de abril del 1999. Editorial Bosch S.A. año: 1999. Barcelona España 246 págs.

3. Bramont- Arias Torres, Luis Alberto y Gracia Cantizano, María del Carmen. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 4 Edición San Marcos, Lima-Perú. 1998.
4. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, Lecciones de derecho penal-Parte general. Editorial Trotta S,A. Barcelona-España. Año 2006.
5. CARUSO FONTAN, MARIA VIVIANA, Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch Barcelona-España año 2006.
6. CASTILLO ALVA, JOSE LUIS, tratado de los delitos contra la Libertad e indemnidad sexual. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Octubre del 2002. Lima-Perú.
7. CALDERON CEREZO A. J.A. CHOLAN MONTALVO. Derecho penal tomo II Editorial Bosh S.A. año 1999. Barcelona-España 369 págs.
8. CANCIO MELIA MANUEL, GARCIA PEREZ OCTAVIO, TATJANA HORNLE, LUIS REYNA ALFARO Y CARLOS PARMA. Los Delitos contra la Libertad e indemnidad Sexual. Enfoque dogmático y jurisdiccional. Juristas Editores E.I.R.L. año 2005 Lima-Perú. 260 págs.
9. DIEZ RIPOLLER JOSE LUIS, Consejo General del Poder Judicial Delitos contra la Libertad Sexual. Lerko Print S.A. Madrid-España. Año 2000.373 págs.