

Escuela de Posgrado

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN
DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL**

Tesis

**Factores principales que han incidido para que la
reparación civil prevista en el *Nuevo Código Procesal Penal*
no salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a
favor de las menores de edad víctima de violación sexual.
Análisis de casos en la Corte Superior de Justicia de Junín
durante el año judicial 2015 - 2017**

Max Roly Martinez Laura

Para optar el Título Profesional de
Maestro en Derecho con Mención en
Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

Huancayo, 2020

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

Asesor

Dr. Manuel Alberto García Torres

Dedicatoria

A Nicéforo Martínez y Angélica Laura,
quienes encontraron en mí su mayor
proyecto.

Agradecimiento

Al magistrado Ever Bello Merlo, por haberme permitido el acceso a los expedientes judiciales, sin ellos no hubiera sido posible la presente investigación.

Índice

Asesor	iii
Dedicatoria	iv
Índice.....	vi
Índice de Tablas	xiv
Índice de Figuras.....	xv
Resumen	xvi
Abstrac	xviii
Introducción.....	xix
Capítulo I Formulación del Problema y Justificación del Estudio	18
1.1. Formulación y Delimitación del Problema.	18
1.2. Problema.....	28
1.2.1. Problema General.....	28
1.2.2. Problemas Específicos	28
1.3. Justificación del Estudio.	28
1.4. Antecedentes Relacionados con el Tema	30
1.4.1. Antecedentes Internacionales.....	30
A. Primer Antecedente.....	30
B. Segundo Antecedente.....	31
C. Tercer Antecedente.....	32
D. Cuarto Antecedente.	32
E. Quinto Antecedente.....	33
1.4.2. Antecedentes Nacionales.....	33
A. Primer Antecedente.....	33
B. Segundo Antecedente.....	34
C. Tercer Antecedente.....	35
1.5. Objetivos Generales y Específicos.....	35
1.5.1. Objetivo General.....	35
1.5.2. Objetivos Específicos.....	36
1.6. Limitaciones del Estudio.....	36
1.6.1. Limitación Temporal.....	36

1.6.2. Limitación Espacial	36
1.6.3. Limitación Teórica.....	37
Capítulo II Marco Teórico	38
2.1. Bases Teóricas Relacionadas con el Tema.	38
2.1.1. Reparación Civil en el Ámbito Penal.....	38
A. Nociones Generales.....	38
2.1.2. Reparación Civil.....	43
2.1.3. Naturaleza Jurídica de la Reparación Civil Derivado del Delito.	60
A. Naturaleza Jurídica Punitiva de la Reparación Civil.	62
B. Naturaleza Jurídica Privada de la Reparación Civil.....	65
C. Naturaleza Jurídica Mixta de la Reparación Civil.	68
D. Posición Adoptada: Asunción de la Tesis de Naturaleza Privada de la Reparación Civil.	69
2.1.4. Bienes Jurídicos y su Protección	73
A. La Responsabilidad Civil.	75
B. La Responsabilidad Penal.....	76
2.1.5. Responsabilidad Contractual y Extracontractual	78
2.1.6. Hechos Jurídicos	81
A. Hechos No Jurídicos y Hechos Jurídicos.	81
B. Los Hechos Jurídicos Voluntarios e Involuntarios.	83
C. Los Hechos Voluntarios Ilícitos.	84
D. Los Hechos Jurídicos Voluntarios Ilícito y la Responsabilidad Civil Extracontractual.	86
2.1.7. Responsabilidad Civil Extracontractual Proveniente del Delito	88
2.1.8. La Responsabilidad Civil como un Sistema Único sin Importar en que Proceso se Desarrolla. -	90
2.1.9. La Función de la Reparación Civil	93
2.1.10. Responsabilidad Civil y Derecho de Daños	94
2.1.11. Sistemas para Ejercitar la Acción Civil por Acontecimientos Ilícitos.....	96
A. Primer Sistema.....	96
B. Segundo Sistema.	96

C.	Tercer Sistema.....	97
2.1.12.	Acción Civil y Acción Penal.....	97
2.1.13.	El Hecho Jurídico Ilícito de Violación Sexual Contra Menores de Edad como Responsabilidad Civil Extracontractual.....	98
2.1.14.	Introducción de la Pretensión Civil en el Proceso Penal de Violación Sexual contra una menor de Edad.....	99
2.1.15.	Criterios de Imputación de Responsabilidad Civil Extracontractual Derivada del Delito de Violación Sexual Contra Menores de Edad.	106
A.	La Antijuricidad para Determinar la Responsabilidad Civil como Consecuencia del Delito de Violación Sexual contra Las Menores de Edad.	107
B.	La Relación Causal para Determinar la Responsabilidad Civil Como Consecuencia del Delito de Violación Sexual Contra Las Menores de Edad.....	112
C.	El Daño para Determinar la Responsabilidad Civil como Consecuencia del Delito de Violación Sexual Contra las Menores de Edad.	116
D.	Los Factores de Atribución para determinar la Responsabilidad Civil como consecuencia del Delito de Violación Sexual Contra las Menores de Edad.	158
2.1.16.	Accesoriedad de la Pretensión Civil en el Proceso Penal.....	188
2.1.17.	Pretensión Derivados en los Delitos de Violación Contra Menores de Edad.	191
A.	Pretensión Punitiva.	191
B.	Pretensión Resarcitoria.	192
C.	Pretensión Cautelar.....	194
D.	Pretensión de Alimentos y Filiación.....	195
2.1.18.	Tutela Judicial Efectiva en Menores Víctima de Violación Sexual.	196
A.	Nociones Generales.....	196
2.1.19.	Derecho a Obtener una Resolución Fundada en Derecho. ...	203
2.1.20.	Derecho a la Ejecución de las Resoluciones Judiciales.	206

2.1.21. Acción Resarcitoria y Tutela Judicial Efectiva.....	209
2.1.22. Motivación y Tutela Judicial Efectiva.	211
2.1.23. Motivación en las Disposiciones y Requerimientos del Ministerio Público.....	212
2.1.24. Tutela Judicial Efectiva y Resarcimiento.....	216
2.1.25. El Deber de Motivar el Quantum Resarcitorio en las Resoluciones Judiciales.....	218
2.1.26. Motivación de la Reparación Civil en el Proceso Penal.....	221
A. Inexistencia de la Motivación o Motivación Aparente. ...	223
B. Falta de Motivación Interna del Razonamiento.	224
C. Deficiencias en la Motivación Externa, Justificación de Las Premisas.....	225
D. La Motivación Insuficiente.	225
E. La Motivación Sustancial Incongruente.....	226
F. Motivaciones Cualificadas.	226
2.1.27. La Obligación Resarcitoria Nacida en la Sentencia Como Título de Ejecución.	229
2.1.28. Sujetos a Cargo de la Obligación Resarcitoria.	232
A. Terceros Obligados No Comprendidos en la Sentencia.	232
2.1.29. Conclusión del Procesal Penal Sobre el Delito de Violación Sexual en Agravio de una Menor de Edad.	233
A. Condena del Procesado y Acción Resarcitoria.	233
B. Sobreseimiento del Proceso, Absolución del Procesado y el Resarcimiento.....	235
C. Ejecución de la Obligación Resarcitoria Proveniente del Delito.	236
D. Resarcimiento en Investigación Preliminar o Policial. ...	237
E. Resarcimiento en Proceso Penal.	238
2.1.30. La ejecución de la reparación civil en el proceso penal.....	238
A. Determinación de la responsabilidad penal.....	243
B. Determinación de la responsabilidad civil.....	244
C. Incautación y Decomiso.	244

D.	Tratamiento terapéutico.....	245
F.	Inhabilitación.	245
2.1.31.	Medidas de coerción de carácter real de mayor aplicación en los delitos de violación sexual contra un menor de edad.	248
A.	Solicitud del Embargo.....	248
B.	Resolución Judicial del Embargo.	249
C.	Ejecución e Impugnación del Auto de Embargo.	249
D.	Sentencia Firme y Embargo.	250
E.	Autorización Para Vender el Bien Embargado.	250
2.1.32.	El Procedimiento de Ejecución Forzada.	251
2.1.33.	Las formas de ejecución forzada.	252
2.1.34.	La Tutela Cautelar y la Tutela Judicial Efectiva.	252
A.	Las Medidas Cautelares de Carácter Personal.	253
B.	Las Medidas Cautelares de Carácter Real.....	254
C.	Principios de la Medida Cautelar.	258
D.	Presupuestos de la Medida Cautelar Reales.	265
E.	Las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal. .	271
2.1.35.	Principales medidas cautelares reales en el proceso penal en materia de violación sexual.....	271
A.	El embargo.	271
B.	Secuestro.	289
D.	Medida Cautelar de Anotación Preventiva.	291
E.	Medida Anticipada.....	292
F.	Medida Cautelar de Pensión Anticipada de Alimentos. .	293
G.	Medida Cautelar Genérica o Innominada.	294
H.	Medida de No Innovar.	295
I.	Medida Cautelar Sobre Bienes de Terceros.....	296
J.	Bloqueo o Inmovilización de Cuentas Bancarias.....	296
K.	Medidas de Retención.....	297
2.1.36.	Víctima de Violación Sexual.	298
A.	Victimización Primaria.	305
B.	Victimización Secundaria.	306
2.1.37.	Derecho de las Personas en su Dimensión Vital.	307

2.1.38. El Derecho a La Vida.....	307
2.1.39. El Derecho a La Integridad Moral, Psíquica y Física.	308
2.1.40. Derecho a La Salud.	310
2.2. Definición de Términos Usados.....	310
2.3. Hipótesis.....	316
2.3.1. Hipótesis Principal.	316
2.3.2. Hipótesis Secundarias.	316
2.4. Variables.	320
Capítulo III Metodología de investigación.....	322
3.1. Diseño de Investigación.	322
3.2. Población y Muestra.....	322
3.2.1. Población de Estudio.	322
3.2.2. Muestra de Estudio.....	322
3.3. Técnicas e Instrumentos.	323
3.3.1. Análisis Documental.	323
3.3.2. Ficha de recolección de datos.	323
Capítulo IV Resultados y Análisis de los Resultados	325
4.1. Resultados.	325
4.1.1. Los jueces penales al emitir una sentencia condenatoria utilizan criterios de una concepción jurídica pública para establecer la reparación civil de naturaleza jurídica privada que salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctima de violación sexual.	325
4.1.2. Los Jueces Penales no Utilizan los Presupuestos Fijados por el Código Civil para Determinar la Reparación Civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal en Favor de Las Menores de Edad Víctimas de Violación Sexual.	338
4.1.3. Los Jueces Penales no logran Comprender el Alcance de los Daños y los Gastos Económicos que Genera para una adecuada Rehabilitación de los Menores de Edad Víctimas de Violación Sexual.....	342

4.1.4.	Los Jueces Penales evalúan la Cuantía de la Reparación Civil en Base a los Bienes y los Ingresos Económicos que percibe el Sentenciado del Delito de Violación Sexual.....	347
4.1.5.	La Omisión de Motivar en los Requerimientos Fiscales y en las Sentencias Judiciales a Efectos de Determinar la Cuantía de la Reparación Civil a Favor de la Víctima de Violación Sexual.	352
4.1.6.	La Falta de Bienes e Ingresos Económicos del Sentenciado que No Permite la Ejecución de la Sentencia que Ordena el Pago de la Reparación Civil a Favor de la Víctima de Violación Sexual.	361
4.1.7.	El Desinterés por Parte del Sentenciado y del Estado a Efectos de Cubrir la Reparación Civil a Favor de la Víctima de Violación Sexual.....	364
4.2.	Análisis de los Resultados.....	368
4.2.1.	Los Jueces Penales al emitir una Sentencia Condenatoria utilizan Criterios de una Concepción Jurídica Pública para establecer la Reparación Civil de Naturaleza Jurídica Privada que Salvaguarde Eficazmente la Tutela Judicial Efectiva a favor de las Menores de Edad Víctima de Violación Sexual.....	368
4.2.2.	Los Jueces Penales no utilizan los Presupuestos Fijados por el Código Civil para Determinar la Reparación Civil Prevista en el Nuevo Código Procesal Penal en favor de las Menores de Edad Víctimas de Violación Sexual.....	376
4.2.3.	Los Jueces Penales no logran Comprender el Alcance de los Daños y los Gastos Económicos que genera para una adecuada Rehabilitación de los Menores de Edad Víctimas de Violación Sexual.....	382
4.2.4.	Los Jueces Penales Evalúan la Cuantía de la Reparación Civil en Base a los Bienes y los Ingresos Económicos que percibe el Sentenciado del Delito de Violación Sexual.....	403
4.2.5.	La Omisión de Motivar en los Requerimientos Fiscales y en las Sentencias Judiciales a Efectos de Determinar la Cuantía de la Reparación Civil a Favor de la Víctima de Violación Sexual.	407

4.2.6. La Falta de Bienes e Ingresos Económicos del Sentenciado que no permite la Ejecución de la Sentencia que Ordena el Pago de la Reparación Civil a favor de la Víctima de Violación Sexual.	413
4.2.7. El Desinterés por parte del Sentenciado y del Estado a Efectos de cubrir la Reparación Civil a Favor de la Víctima de Violación Sexual.	416
Conclusiones	422
Recomendaciones	424
Referencias Bibliográficas	425
Anexos	445
Anexo1: Matriz de Consistencia	445
Anexo 2: Ficha de Recolección de Datos	447
Anexo 3: Certificación de Validación de Instrumento	450

Índice de Tablas

Tabla 1 Primera Variable.	320
Tabla 2 Segunda Variable.....	321
Tabla 3 Tercera Variable.....	321
Tabla 4 Las principales consecuencias a corto plazo del abuso sexual en niños y adolescentes.	394
Tabla 5 Describe las principales secuelas psicológicas en víctimas adultas de abuso sexual en la infancia.	396

Índice de Figuras

Figura 1. Cuadro sinóptico.....	88
Figura 2. La revaloración de los conceptos de “daño evento” y “daño consecuencia” y su trascendencia para entender el daño como fenómeno de doble causalidad.....	127

Resumen

Nuestra investigación ha tratado de responder a nuestra interrogante ¿Qué factores principales han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no salvaguarda eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual? Para responder esta pregunta, se ha desarrollado la investigación de tipo y de alcance descriptivo y explicativo, utilizando un método de investigación jurídica argumentativa, con método de la interpretación jurídica lógico y sistemático, con un diseño de investigación no experimental de corte transeccional. Esto tiene como objetivo de identificar los factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual.

En nuestra hipótesis consideramos que los jueces penales utilizan criterios ajenos al derecho civil, sin fijar presupuestos que consignan en el Código Civil, entre otros factores, convirtiendo en una reparación civil irrisoria; analizando en base a la población que viene a ser expedientes judiciales en calidad de consentida o ejecutoriada desde el año judicial del 2015 al 2017, que trata sobre delitos de violación de la libertad sexual en agravio de mujeres menores entre 08 y 13 años de edad, que por medio de sus representantes se constituyeron como actor civil pretendiendo la reparación civil en los juzgados penales de Huancayo, utilizando la muestra no probabilístico intencional.

En la recolección de datos se ha utilizado la técnica de análisis de datos y como instrumento análisis de contenido o interpretación de datos, teniendo como resultado y análisis los que desarrollamos en el Capítulo IV de la presente investigación. Por último, en el Capítulo V se ha consignado nuestras conclusiones y recomendaciones de nuestra investigación.

Palabras Clave: Reparación civil, víctima de violación sexual y tutela judicial efectiva.

Abstrac

Our research has tried to answer our question ¿what main factors have incised so that the civil reparation provided in the new penal procedure code doesn't effectively safeguard the effective judicial protection in favor of under ages who are victims of sexual violation? To answer this question, the research of type and of descriptive reach and explanatory has been developed, using a method of argumentative legal research, with a method of legal, logical and systematic interpretation, with a non-experimental cross-sectional descriptive design. The objective of our research is to identify the main factors that have affected so that the civil reparation provided in the new criminal procedure code doesn't effectively safeguard the effective judicial protection in favor of under ages who are victims of sexual violation.

In our hypothesis, we consider that penal judges use outside judgments that the civil law, without budgets that appear in the civil code, without budgets that consign in the civil code, among other factors, turning into a ridiculous civil reparation; analyzing in base to the population that come from judicial files in quality of consented or executed from the judicial year of the 2015 to the 2017, which is about crimes of violation to the freedom sexual against women under the age of 8 to 13 years old, who, through their representatives, constituted themselves as a civil actor looking for civil damages in the penal courts of Huancayo, using intentional non-probabilistic sample.

in the collection of data, we have been used the data analysis technique and as an instrument, content analysis or data interpretation, having as result and analysis what we developed in the IV chapter of this investigation Finally in the V chapter we have consigned our conclusions and recommendations of our research.

Keywords: Civil reparation, penal process, under ages that are victims of sexual violation, effective judicial protection.

Introducción

El bolígrafo que escribió los primeros apuntes que dieron lugar a engendrar la presente investigación comenzó en la difícil praxis salvaje de la abogacía en mi labor como abogado litigante, más una larga velada donde surgieron indeterminados debates llegando a confrontar la teoría con la praxis judicial, siendo esto el espíritu de investigación bautizada como: «factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el nuevo código procesal penal no salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctima de violación sexual», cuyo análisis de casos se ha efectuado en la Corte Superior de Justicia de Junín durante el año Judicial 2015 – 2017.

Esta investigación contiene un tema inédito, tal como se puede observar en el primer capítulo donde describimos la realidad problemática para determinar los factores principales a efectos que la reparación civil en el proceso penal sea irrisoria, cuya situación se vea perjudicada a la víctima de violación sexual, existiendo una doble victimización, mientras la primera es víctima de la agresión sexual y la otra se observa que el propio sistema judicial otorga una ridícula reparación civil, sin analizar los presupuestos que la responsabilidad civil exige, advirtiendo que no existe una tutela judicial efectiva a favor de la víctima. En ese sentido, al identificar el problema, el objetivo de nuestra investigación es lograr identificar los factores principales que han incidido para que la reparación civil en el proceso penal no salvaguarda la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual.

Mientras en el segundo capítulo de nuestra investigación consignamos nuestra hipótesis tratando de responder al problema, considerando que uno de los factores principales viene a ser que los jueces penales utilizan criterios ajenos al derecho civil, sin fijar presupuestos que consignan en el Código Civil, sin comprender el alcance del daño ocasionado a la víctima de violación sexual, convirtiendo en una reparación civil irrisoria, más aún cuando se fija la reparación en base a los ingresos

del sentenciado, entre otros factores, que evidentemente no salvaguarda la tutela judicial efectiva a favor de la víctima.

Esta investigación ha sido posible al aplicar el instrumento de ficha recolección de datos con una técnica de análisis de datos, explicando y precisando en el capítulo cuarto

Consideramos que nuestra investigación viene a ser trascendente, pues se ha logrado poner en conocimiento a los operadores jurídicos al momento de decidir el quantum indemnizatorio a favor de la agraviada y tanto más al tratarse de una víctima de agresión sexual, debiendo analizar bajo los presupuestos que fijan la dogmática de la reparación civil, debiendo ser motivada en la decisión adoptada por el juez penal, de esa forma existirá la tutela judicial efectiva a favor de la víctima. En ese sentido, es indudable la virtud que tiene nuestra investigación, al tratar de descubrir el verdadero espíritu de la reparación civil en el proceso penal, con la inquebrantable fe que este problema sea revertido en la práctica jurídica.

Estos son los criterios que han motivado la inquietud que hoy llega a su fin.

EL AUTOR

Capítulo I

Formulación del Problema y Justificación del Estudio

1.1. Formulación y Delimitación del Problema

A lo largo de la historia del Derecho Penal Peruano ha sido olvidada la víctima por su afán de perseguir la responsabilidad penal, dándole poco o nada de importancia a la reparación civil y tratar de subsanar el daño producido en el escenario delictivo; pues se ha advertido en reiteradas ocasiones que en el proceso penal la víctima no sólo soporta los estragos generados por la conducta delictiva, sino también por los constantes obstáculos impuestos por el aparato judicial que no satisface el verdadero interés del agraviado, siendo nuevamente una víctima por el sistema judicial que sólo tiene como objetivo la punibilidad del imputado buscando neutralizar los actos delictivos a futuro sin importarle la verdadera cuantía de la cosa dañada y la ejecución para hacer efectiva el pago de la reparación fijada por el juez penal, existiendo una doble victimización, siendo ineficaz el principio de la tutela judicial efectiva en relación al agraviado.

El doctor en ciencias jurídicas y sociales Zaffaroni (2006), concluye que «el modelo punitivo no resuelve ningún conflicto, más sólo lo suspende», la misma que genera trabas para la solución real en relación al verdadero interés que abruma a la víctima, reparar el daño producido por la conducta delictiva. Por su parte el doctor Eser (1992), señala:

Previamente se ha tratado en forma exclusiva la participación del ofendido en, y para, el ejercicio de la persecución penal. Este, sin embargo, no es con frecuencia el interés real de la víctima del delito: lo que ella quiere, más bien, es una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito. (p. 28).

Advirtiéndose de esa forma, que el sistema punitivo sólo busca la culpabilidad o inculpabilidad girado en torno al imputado revestido de diversas garantías

procesales, poniendo en orfandad a la víctima de su interés real, y más aún cuando las víctimas de los delitos sexuales son sometidas a una doble victimización, pues no sólo viene ser víctima de la agresión sexual, sino del propio sistema de justicia, ya que los agentes policiales. De manera tal que Zaffaroni (2006) manifiesta que como «parte del sistema estigma a este delito como denuncias calumniosas, ya sea por despecho o para generar extorsión» (p. 8). Así mismo, la víctima se le obliga a declarar a efectos de narrar la agresión sexual dejando atrás el pudor.

Incluso, se le ha reducido la participación a la víctima como parte procesal que sólo persigue la reparación o restitución del bien jurídico lesionado (derecho privado); toda vez se nos ha quedado la idea del código de procedimientos penales que el Estado instrumentaliza a la víctima a fin de neutralizar e imputar al agresor, pues este lamentable efecto se basa en la catalogación del Derecho Penal como derecho público, salvo casos excepcionales; según reitera el maestro Zaffaroni (2006) «con este fundamento el Estado expropió el derecho de la víctima» (p. 8), por tal razón el Ministerio Público en representación del Estado y la sociedad persigue la acción penal a pesar que el perjudicado viene a ser una persona particular (víctima) siempre el Estado intervendrá tomando a la víctima como un dato indispensable para la investigación, más no como una persona de parte revestido con todos los mecanismos y garantías para que se le repare o restituya de una forma célere y con una valoración proporcional y razonable del bien lesionado.

Como se puede observar el Derecho Penal ha olvidado los derechos de esta parte, siendo una víctima más de los obstáculos que genera éste sistema más que en solucionar el conflicto, tal como el profesor argentino Zaffaroni (2006) menciona, «si la víctima se niega a cooperar con el estado» (p. 7), es decir como testigo del hecho delictivo, será exhortado bajo sanción, advirtiendo que la víctima se encuentra compelida en el proceso a costa de su voluntad expresa, pues éste sólo desea la reparación o restitución del bien lesionado que excepcionalmente puede pretender constituyéndose como actor civil, sin

embargo se advierte en el proceso penal que no existe los mecanismo y las garantías necesarias para determinar la valoración cuántica real del bien lesionado, así como su posterior ejecución sea la más justa posible como en la vía civil.

Pues, el daño a la víctima de violación sexual es muy amplia y compleja, toda vez que los juzgadores no logran entender la seriedad del daño causado a la víctima, estos daños en su mayoría viene a ser extrapatrimoniales, tales como daño personal y moral, daño al libre desenvolvimiento social, daño al proyecto de vida, daño a nivel psicológico como dice Campoverde (2015), «traumas que provoca la sensación de indefensión y vulnerabilidad, generando la pérdida de confianza a los demás provocando ira o vergüenza, sufriendo alteraciones psíquicas con trastorno de estrés postraumático» (p. 101). Así mismo, como si no fuera poco, la agresión sexual limita a la víctima de forma física y psicológicamente; provocando que se desvanezca o sea forzado a tomar otros rumbos.

En esa línea de ideas, no viene a ser justo que la víctima reciba un monto irrisorio por todos los daños ocasionados, toda vez que el juzgador penal no analiza la reparación civil con los criterios fijados por el Código Civil, sino por criterios ajenos, llegando al extremo de no motivar de forma adecuada las resoluciones que consigna dicha reparación. Siendo la tarea de esta investigación según Campoverde (2015), establecer estos factores que han llevado este problema a efectos que «la reparación civil sea más integral, analizándose los gastos psicológicos, médicos y sociales que la víctima haya recibido o deba recibir, los honorarios del abogado, los daños físicos, tratamiento de inclusión social y laboral, indemnización por el daño moral y por el proyecto de vida» (p. 150). Aspectos que no logran tomar en cuenta en una fijación de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual.

Sin embargo, el problema no queda ahí, pues que una vez fijado el monto de la reparación civil en merito a la resolución declarada consentida o ejecutoriada, el problema se suscita cuando el ejecutado no cuenta con

bienes o no percibe ingresos económicos, esto se agrava aún más cuando el imputado se encuentra privado de su libertad desde la investigación preparatoria por los efectos de la prisión preventiva otorgada o de haberse emitido una sentencia condenatoria, en consecuencia el obligado no tiene los medios suficientes para cumplir con la reparación civil, infiriéndose que no existe los mecanismos suficientes para que la víctima perciba de manera inmediata la reparación civil.

La norma penal no ha previsto mecanismos preventivos en caso de que el condenado purga una pena privativa de libertad efectiva en un establecimiento penitenciario sin tener los ingresos económicos para cubrir la reparación civil impuesta absurdamente por el juez penal a favor de la víctima, siendo un factor determinante para que dicha reparación sea irrisoria, tal como lo menciona el jurista alemán el doctor Claus Roxin (1999) de la siguiente manera:

(...). Pues la víctima no sólo tenía que intervenir mucho tiempo y dinero para reclamar ante un tribunal civil, sino que el proceso penal impedía, también casi siempre, que el perjudicado pudiera obtener alguna vez su indemnización. Pues si el autor está encerrado en un establecimiento penitenciario no puede ganar dinero ni tampoco, por consiguiente, y en la mayoría de los casos, indemnizar a la víctima. (p. 8).

A todo esto, se deduce que el sistema punitivo no resuelve el conflicto, es más, impide a resolverlo; pues se limita a pensar y ridículamente impone una reparación civil al agresor, sentenciado por lesiones dolosas, culposas u otros delitos, pues en la situación de estar privado de su libertad sin poder trabajar sin percibir salario alguno, en consecuencia, la víctima no gozará de la reparación civil impuesta al no contar el sentenciado con ingresos. En ese sentido, se infiere con ésta situación expuesta, el Estado realmente no protege los respectivos bienes jurídicos con miramientos a repararlos o restituirlos, pese que la norma lo regula, sino al sistema quien sería el único bien jurídico protegido de cualquier conducta que lesione la desconfianza de

dicha sistema, aunque no afecte los derechos de nadie en concreto (delitos de mera actividad); tal como bien lo manifiesta el maestro Zaffaroni (2006) al señalar: « (...) el sistema sería el único bien jurídico realmente protegido; desarrollado coherentemente, este pensamiento debiera concluir que el delito no sería un conflicto que lesiona derechos, sino cualquier conducta que lesione la confianza en el sistema, (...) (p. 44).

Con esta premisa se desprende que el Derecho Penal no protege los bienes jurídicos de la víctima del delito, sino cualquier conducta que lesione la confianza del sistema instrumentalizando a la víctima de su propio dolor, soportando el resultado lesivo y que el sistema jurídico penal no solucione la pretensión de la reparación y restitución del bien jurídico de la víctima, advirtiéndose el total desamparo hacia este último.

La orfandad jurídica hacia la víctima en relación a la determinación de la cuantía de la reparación civil, no viene ser eficaz el principio de la tutela judicial efectiva, pese a la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal que ha tratado de otorgarle más participación a la víctima; sin embargo esta norma no tiene los mecanismos para emplear de manera eficaz la reparación civil, proponiendo que se mejore para llegar al objetivo que inspiró esta reforma por el hecho que el agraviado del delito se fue convirtiendo en víctima del propio sistema penal como se trató explicar en el presente, pues sólo se preocupaba en los derechos del imputado más no de los derechos de la víctima, tal como lo advierte el profesor Villegas Paiva (2013) establece « (...), también es cierto que los derechos de la víctima estaban en igual o peor condición, por cuanto la preocupación estaba centrada en resolver de la mejor manera posible las garantías de los derechos del imputado, siendo muy pocas las voces que se interesaban en la situación de la víctima.» (p. 68).

Concluyendo que el Nuevo Código Procesal Penal trató de apaliar el olvido de los derechos de la víctima, aún considero que falta solidificar por carecer mecanismos que garantice la reparación civil a favor de la víctima, pues mientras no se cambie el chip punitivo de los penalistas, los civilistas se

encontraran ocupados de resolver los conflictos indemnizatorios de modo racional en armonía con los mecanismos que brinda el proceso civil; toda vez que el sistema penal aún carece de mecanismos idóneos y propios para determinar el quantum indemnizatorio, pese que el artículo 101° del Código Penal establece que la reparación civil se rige por las disposiciones pertinentes del Código Civil, sin embargo las reglas procesales está sometida por el Código Procesal Penal que no brinda muchos mecanismos para fijar la cuantía real del daño.

Como se podrá advertir, a pesar de la llegada del Nuevo Código Procesal Penal la víctima carece de medios idóneos para pretender el quantum indemnizatorio justo y racional del bien jurídico del agraviado, siendo una víctima más del propio sistema procesal penal e invitando indirectamente que efectúe la pretensión indemnizatoria en la vía civil, como concluye la Juez de la Corte Superior de Justicia de la Libertad Cecilia León (2012), que «indudablemente, esta práctica contribuye a la doble victimización, pues obliga al agraviado a recurrir a la vía civil con los costos que ello genera: pago de tasas judiciales, demora en los tramites, pago de honorarios de abogado» (p. 128), quebrantando el propio sistema el principio de economía procesal en perjuicio de la víctima y esto empeora en situaciones que el agraviado carece de medios económicos para satisfacer su pretensión en la vía civil, sometiéndose al proceso carente de seguridad jurídica en relación a la ausencia de mecanismos propios para determinar la cuantía racional de la reparación civil y su ejecución. Esto se agrava aún más cuando se trata de una víctima de violación sexual, siendo imposible que se expongan a la vía civil y peor aún a la existencia de una audiencia pública, teniendo que recurrir al proceso penal para hacer efectiva la pretensión indemnizatoria.

Es evidente que el sistema que tenemos está diseñado para justificar en el encierro del agresor debidamente probado llevado con las garantías procesales, más no ofrece los mecanismos y garantías para que sea eficaz la tutela judicial efectiva en relación a la reparación civil; de tal suerte que hemos llegado a observar al sistema penal ya no como aquel que justifique el poder

punitivo del Estado, sino aquel aparato penal que logra solucionar el conflicto en relación a la reparación civil con un quantum racional y esto inspirará a la vez en realizar estudios para un mejor modelo que resuelva el conflicto de la reparación civil en su totalidad.

Si bien nuestra legislación permite la pretensión privada a fin perseguir la reparación civil, en la praxis, al no tener mecanismos idóneos para determinar el quantum indemnizatorio, trae como consecuencia que los jueces penales otorgan montos exiguos a favor de la víctima de violación sexual, sin tener este una tutela judicial efectiva; en ese sentido, para resolver el problema es necesario identificar los factores que inciden que el monto reparatorio son irrisorios en los procesos penales, por ejemplo la falta de una audiencia complementaria para fijar la cuantía real del daño del bien jurídico, ya que la ausencia de esta audiencia exclusiva para fijar el monto indemnizatorio los jueces al emitir una sentencia condenatoria, emplean criterios ajenos a los elementos propios de la reparación civil, encontrándose contaminados al momento de juzgar, no teniendo otra alternativa que condenar y a la vez pronunciarse de la cuantía indemnizatoria al amparo con el artículo 92° del Código Penal.

Aún en la práctica judicial se encuentra eco la concepción punitiva más no la reparadora o restitutiva, pese que el Nuevo Código Procesal Penal acumula la acción penal y la acción civil en el proceso penal sustentándose en un mismo hecho delictivo que acaba de lesionar el bien jurídico de la víctima de violación sexual; pero los operadores judiciales aún tienen la perspectiva que la reparación cumple finalidad punitiva sancionadora colocando como prioridad antes que el fin indemnizatorio, en consecuencia el monto que se fije viene a ser exiguo sin tener equidad con la magnitud del daño, tal como lo advierte la doctora en derecho León Velásquez (2012), al señalar:

En ese sentido, si la reparación cumple finalidad preventiva y sancionadora – importa menos la satisfacción de la víctima actual del delito -, la fijación de los montos a indemnizar responde a los mismos criterios de la necesidad de la

pena, respecto de quien ocasionó el daño, antes que, a la necesidad de indemnizar, realmente, a quien lo sufrió. por ello, puede afirmarse que, según esta teoría, si el fin preventivo es más importante que el fin indemnizatorio, es irrelevante el monto que se fije, aun cuando esta sea exigua y no guarde equidad con la magnitud del daño ocasionado. (p. 117).

En ese sentido, la víctima al pretender una reparación civil en el proceso penal quien no brinda muchas garantías en la cuantía indemnizatoria, toda vez que el juez de la investigación preparatoria admite al actor civil y es el primero quien conoce los elementos de convicción que incide la antijuricidad, el nexo causal, el daño ocasionado y los criterios de atribución de responsabilidad, presupuestos propios que exige el código civil; sin embargo los juzgadores penales quien utiliza criterios ajenos de los elementos indemnizatorios, pues el juez que condena se encuentra contaminado tal como señala el doctor alemán Roxin (2004) :

Detrás de la aplicación de la concepción jurídico pública de la reparación civil subsisten las siguientes ideas: i) La reparación cumple finalidades preventivas, específicamente la llamada prevención integrativa; ii) la reparación está orientada a la satisfacción de intereses públicos más que particulares; iii) la reparación tiene que ver más con el autor y la vigencia de la norma que con el agraviado y el daño ocasionado; iv) la reparación tiene que ver más con la resocialización y prevención que con el pago de la obligación resarcitoria. (p. 42).

Estos criterios contaminantes con la finalidad punitiva que realiza un juez en la etapa de juzgamiento otorga montos exiguos en la reparación civil; siendo esta realidad preocupante, desde el punto de vista de León Velásquez (2012) «alimentando la desconfianza en el sistema de justicia» (p. 128), contribuyendo a la doble victimización, quien es obligado recurrir a la vía civil a fin de obtener una indemnización más justa, pero esta decisión de recurrir a esta vía alternativa viene a ser poco frecuente en los delitos de violación sexual, no siendo el problema la capacidad económica de las víctimas, sino

es un tema de pudor tanto de la agraviada como de su entorno, sometiéndose al proceso penal sin tener más opciones para obtener un monto resarcitorio.

La orfandad jurídica penal genera la desconfianza de la víctima en que se repare íntegramente los daños producidos en los delitos de violación sexual que causa alteraciones psíquicas con trastorno de estrés postraumático, generando pérdida de confianza con actitudes negativas que provoca un tremendo daño al libre desenvolvimiento social, daño psicológico, hasta daños al proyecto de vida, estos daños no vienen a ser motivadas en los requerimientos fiscales ni mucho menos en la sentencia que fija el monto de la reparación civil, pues en la etapa de juzgamiento los jueces penales logran contaminarse con la condición económica de los acusados manejando un criterio totalmente ajeno a los presupuestos de la indemnización civil, en consecuencia fija montos exiguos e irrisorios a favor de la víctima quebrantando la eficacia de la tutela judicial efectiva, pudiendo atreverme a decir que viene a ser uno de los factores que acarrea este problema. Esto se agrava aún más cuando no existe audiencia propia para fijar la cuantía real del daño, ni actos de verificación de la prueba, concordando con el fiscal adjunto supremo Gálvez Villegas (2012) señala:

i) Comoquiera que nuestros operadores jurisdiccionales penales no fundamentan la determinación de la entidad y la magnitud del daño causado por el delito, y sobre todo, no resuelven atendiendo al verdadero contenido de la pretensión resarcitoria y a los conceptos resarcitorios reclamados y probados en el proceso penal, en realidad, en dicho proceso se vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del agraviado que demanda la reparación en el proceso penal. (...). (p. 147).

La resolución de constitución civil no se determina el quantum reparatorio, que sólo será fijado en la sentencia; sin embargo las pruebas ofrecidas por el actor civil en relación al monto del resarcimiento del daño producido en la práctica dichas pruebas no podrán ser sujetos a tachas u otras cuestiones probatorias, mecanismo que si ofrece el código procesal civil en defensa del

obligado, sin embargo la norma penal no prevé de manera expresa, en ese sentido cabe la posibilidad de observar dichos documentos de manera oralizada en el juicio oral, corriéndose traslado a la parte civil a fin de absolverla, incluso el obligado podrá presentar medios de prueba que desvirtúa lo alegado por el actor civil que será avaluado por el juez de juzgamiento para al fin pronunciar la decisión final; así mismo, es posible poner en tela de juicio los elementos de la responsabilidad, pues a medida que se va conociendo el hecho en el juicio oral pueden surgir hechos que eximen la reparación civil, como por ejemplo la relación de causalidad entre la conducta delictiva y el daño psicológico producido a la víctima, careciendo una relación de nexo causal, como también se podrá cuestionar el monto de la reparación y/o indemnización que pretende el agraviado, y este último defenderá su posición, siendo necesario que se deben actuar peritajes, examen médico, social y psicológico; con la finalidad de establecer el monto de la reparación civil.

Debemos tomar en cuenta que nos encontramos ante un modelo acusatorio garantista con tendencia adversarial, por lo que somos de la idea que el juicio oral se ha creado para conocer la teoría del caso tanto del persecutor penal y el imputado a fin de determinar el grado de participación y la imputación típica que se le atribuye al acusado a efectos de decidir la absolución o la condena, advirtiéndose que se trata de un derecho público y no privado; si viene cierto que el modelo Peruano puede discutirse la pretensión resarcitoria de un particular en el proceso penal; pero también es cierto que está deberá ser modificada, en el extremo que exista una audiencia propia para determinar la cuantía reparatoria y/o indemnizatoria con todas las garantías procesales para ambas partes, interponiendo todos los recursos y medios disponibles para el esclarecimiento de la suma real de la pretensión a fin que el juez sólo se basa en criterios resarcitorios de la responsabilidad civil, pues la ausencia de dicha audiencia es uno de los factores que el monto resarcitorio en la actualidad sea exiguo, vulnerando la garantía de una tutela judicial efectiva a favor de la agraviada.

Una vez planteado el problema de investigación, formulamos las siguientes preguntas:

1.2. Problema

1.2.1. Problema General.

¿Qué factores principales han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual? un análisis desde su entrada en vigencia en la Corte Superior de Justicia de Junín durante el año judicial de 2015 – 2017

1.2.2. Problemas Específicos.

- 1) ¿Qué factores principales han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no determine la cuantía eficazmente a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual?

- 2) ¿Qué factores principales han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no se ejecute eficazmente a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual?

1.3. Justificación del Estudio

En la actualidad no logramos entender que el monto reparatorio otorgado por el juez penal viene a ser irrisorio, hasta a veces no llega alcanzar los costos del daño producido por la conducta delictiva por parte del agresor, advirtiéndose el total desamparo a la víctima que a consecuencia de ello ésta obligada acudir a la vía civil con gastos adicionales para asegurar su pretensión indemnizatoria sea la más justa, deduciendo que el proceso penal no brinda eficazmente la tutela judicial efectiva a favor del agraviado. Esto se agrava aún más cuando se trata de una menor de edad víctima de la agresión

sexual que no acudirá a la vía civil amparándose solo en el proceso penal a efectos de pretender su reparación integral.

Pues, para alcanzar la paz social uno de los fines del proceso penal es brindar tutela judicial efectiva a toda persona, incluida la víctima, tal como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional Expediente N° 4080-2004.AC/TC. ICA (2005) de la siguiente manera:

(...) un derecho a favor de toda persona de acceder de manera directa o a través de representante, ante los órganos judiciales; de ejercer sin ninguna interferencia los recursos y medios de defensa que franquea la ley; de obtener una decisión razonablemente fundada en derecho; y, finalmente, de exigir la plena ejecución de fondo obtenida. (p. 6).

En ese sentido no se deberá negar la importancia de la protección de la tutela efectiva de la víctima, pues a la luz de las jurisprudencias la reparación civil guarda un tema controversial en relación a las pocas garantías que tiene el sistema penal para la determinación de la cuantía resarcitoria a favor de la agraviada, quedando claro el desbalance en el acceso a la justicia.

En consecuencia, considero necesario investigar estos factores que han incidido para que la reparación civil otorgados por los jueces penales a favor de la víctima sean irrisorias, para emplear mecanismos más idóneos a efectos que la agraviada tenga y acceda el derecho de una reparación civil más justa de acuerdo a los daños sufridos por la conducta ilícita, teniendo así, la protección del sistema penal bajo los lineamientos del principio de la tutela judicial efectiva a favor del agraviado, de esa forma coadyuvara el fortalecimiento de la institución de la reparación civil para brindar mayor protección a la víctima.

1.4. Antecedentes Relacionados con el Tema

1.4.1. Antecedentes Internacionales.

Respecto al tema de investigación podemos apreciar por los antecedentes reunidos que existen pocas investigaciones previas que analizan los factores que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual. De una manera específica, hemos encontrado pocas investigaciones que traten sobre la determinación de la cuantía y la ejecución eficaz de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual, la misma que no salvaguarde la tutela judicial efectiva en los procesos penales.

En ese sentido, los antecedentes que pudimos reunir se deben anunciar que en el ámbito nacional al ser esta una imposición relativamente reciente, no se cuenta de momento con un desarrollo teórico profundo, toda vez que el modelo acusatorio garantista que trae el código procesal penal se está implantando de forma paulatina en nuestro país. En el ámbito internacional contrariamente se ha encontrado regularmente investigaciones de las universidades que analizan el tema en específico que se trata en la presente investigación. Ambos ámbitos se presentan a continuación:

A. Primer Antecedente.

Para la investigadora Silva Pazmiño en su Tesis “la reparación individual al daño en las víctimas en los órganos penales frente a los derechos de tutela efectiva, seguridad jurídica y derecho a la víctima” desarrollado para obtener el título de abogada de la República de Ecuador, elaborada en la Universidad Regional Autónoma de los Andes en el año 2015 considera que «el legislador introduzca una reforma legal en materia penal que garantice la tutela judicial efectiva con relación al derecho fundamental de reparación integral de la víctima por infracciones

penales, de esta manera dote de seguridad jurídica» (p. 80). En ese sentido, Silva Pazmiño (2015) concluye que:

Todo daño irrogado a un sujeto de derecho, (víctima de infracciones penales), en virtud, de la comisión de un acto ilícito da lugar a la obligación de reparar, la cual puede satisfacerse por diversas formas, que se pasan a detallar. En caso de declararse la vulneración de derechos de la víctima de infracciones penales se debe ordenar la reparación integral por el daño material e inmaterial. (p. 22).

Asimismo, la autora señala la reparación integral que incluye la rehabilitación de la víctima, debiendo adoptar mecanismos que permita que la víctima regrese en lo posible a su estado anterior.

B. Segundo Antecedente.

Por su parte, el investigador Campoverde Sánchez en su Tesis “La Reparación Integral a la Víctima del Delito de Violación en la Legislación Penal Ecuatoriana” elaborada en la Universidad Central de Ecuador del año 2015, para obtener el título de abogado, llegando a concluir que:

En los procesos judiciales existe una absoluta falta de información acerca de los daños que sufren las víctimas, por una parte, la Fiscalía y la víctima no hacen ninguna alegación al respecto, y menos aún tratan de probar los daños sufridos; en tanto que el juzgador no cuestiona dicha actitud, manteniendo un sigilo al respecto, lo cual le obliga posteriormente a señalar cantidades indemnizatorias irrisorias y sin motivación alguna. (p. 138).

En ese sentido Campoverde Sánchez (2015) señala la necesidad de la creación de un cuerpo normativo para disponer

la reparación integral; denominándolo “Ley de reparación integral de las Víctimas de infracciones penales”, «con la finalidad de que puedan tener una visión clara de las medidas adecuadas para reparar integralmente a las víctimas del delito de violación». (p.138).

C. Tercer Antecedente.

El abogado Antonio Flores en su Tesis nombrada “La responsabilidad civil en abstracto dentro del proceso penal salvadoreño y su incidencia en la víctima” elaborada en la Universidad de El Salvador del año 2013 para obtener el grado de Maestría Judicial, cuya investigación permitió determinar que en materia de responsabilidad civil, producto de un ilícito penal, los Tribunales de Sentencia, de Instrucción y Jueces de Paz, en sus respectivas funciones «no fundamentan ni motivan las sentencias declarativas dictadas en responsabilidad civil, por la poca importancia que se le da al tratamiento de una justicia restauradora de los daños y perjuicios sufridos por la víctima; aunque si lo hacen en materia penal» (p. 159). Concluyendo que el Ministerio Público que promueve la acción penal y la acción civil, sólo se esmera por recolectar la prueba concerniente del ilícito penal interesándole la condena penal, abandonando a la víctima para continuar con el trámite de liquidación y ejecución forzosa, provocando una impunidad y frustración hacia la víctima.

D. Cuarto Antecedente.

Asimismo, la abogada María José Ortiz Samayoa en su Tesis titulada “la reparación como tercera vía” para obtener el grado de Doctora elaborada en la Universidad de Salamanca en el año 2013; señala que a reparación es la compensación de las consecuencias del hecho delictivo a través de una prestación voluntaria del autor. Va más allá de la responsabilidad civil por

daños y perjuicios. Puede incluir la restitución de la cosa, si fuera posible; la rehabilitación, si procede; la indemnización por el daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño al proyecto de vida; o prestaciones simbólicas de interés para la víctima o para la comunidad. «Requiere que el autor asuma la responsabilidad por sus actos y realice un comportamiento activo posterior, que no se limita a una simple petición de disculpas, ni debe entenderse como una mera transacción económica» (p. 547).

E. Quinto Antecedente.

Por último, la investigadora en derecho Silvana Padrón Palacios en su tesis denominada “concepto de reparación integral a la víctima del delito y su desarrollo en el sistema judicial penal Ecuatoriano” formulada en la Universidad de Azuay el año 2013 al estudiar el concepto de reparación integral, la restitutio in integrum, contempla una fórmula de resarcimiento amplio a favor de la víctima, la cual no puede tener en mira la sola imposición de la respectiva amonestación legal o un simple interés pecuniario. «Si se piensa en los alcances de la reparación, ella debe tender a saldar todas las afecciones y consecuencias que el infractor ocasionó con su accionar a la víctima» (p. 143). En ese sentido, Padrón Palacios (2013) concluye que la normatividad no dispone en absoluto medidas idóneas de reparación. «Ciertamente diremos que en ocasiones se presentan intentos judiciales por proteger a agredido; sin embargo, podemos asegurar que la decisión judicial, por lo general, se agota en la reacción punitiva» (p. 146).

1.4.2. Antecedentes Nacionales.

A. Primer Antecedente.

Para el abogado Villegas Paiva (2013), especialista en derecho penal y procesal penal establece en su libro “el agraviado y la reparación civil en el nuevo código procesal penal”

A lo largo del libro que la víctima con el transcurrir del tiempo había quedado convertida en un mero elemento de prueba en el proceso penal, o en el mejor de los casos solo se justificaba su intervención en aquel en el interés puramente patrimonial que podría tener, rechazando cualquier otro interés que pretenda manifestar. (p. 169).

Concluyendo que el nuevo código procesal penal como un modelo garantista considera que el papel de la víctima, y la protección de sus derechos, busca también establecer procedimientos que permitan satisfacer los intereses afectados de la víctima, incluyendo los supuestos en los que si bien el autor no es sancionado penalmente, pero aquella igualmente haya sufrido un daño atribuible a este. (p.139).

B. Segundo Antecedente.

Mientras tanto la Jueza del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, la doctora León Velásquez ha publicado un artículo titulada “La concepción privada de la reparación civil” en el año 2012, examinando las diversas teorías que fundamentan la naturaleza jurídica de la reparación civil, estableciendo los fines que cada una de ellas lo asignan. Al respecto, señala que «si bien nuestra legislación acoge la naturaleza jurídico-privada de la reparación civil, en la praxis, los jueces, al emitir una sentencia condenatoria, emplean criterios ajenos a aquella, propios de una concepción jurídico-pública de la reparación civil» (p. 115). La misma autora elabora como una conclusión principal que «la legislación penal peruana acoge la teoría de la naturaleza jurídico-privada de la reparación civil,

remitiendo a las reglas establecidas en el Código Civil el tratamiento de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, al señalarse la reparación civil en las sentencias condenatorias no se utilizan tales reglas para su imposición. (p. 127).

C. Tercer Antecedente.

El profesor de la unidad de posgrado de la facultad de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos Gálvez Villegas ha publicado un artículo en el año 2012 titulado “posibilidad de recurrir en la vía civil luego de concluido el proceso penal en el que el agraviado se ha constituido en autor civil y se ha amparado su pretensión – análisis de la casación 1221-2016 - Amazonas”, donde establece que la responsabilidad civil persigue únicamente la reparación del daño ocasionado por la conducta infractora en el proceso penal, sí en dicho proceso resuelve sin tomar los criterios impuestos por el Código Civil, concluyendo el autor que «en la vía penal no excluye el cobro de los daños y perjuicios en la vía civil, puesto que si en el proceso penal no se resuelven todos los conceptos resarcitorios integrantes de la obligación resarcitoria, no se puede sostener que la pretensión resarcitoria ha sido resuelta y materia de cosa juzgada, pues el ordenamiento jurídico establece la reparación integral de los daños» (p. 149).

1.5. Objetivos Generales y Específicos

1.5.1. Objetivo General.

Identificarlos factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual.

1.5.2. Objetivos Específicos.

1. Identificar los factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no determine la cuantía eficazmente a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual.
2. Identificar qué factores principales han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no se ejecute eficazmente a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual.

1.6. Limitaciones del Estudio

1.6.1. Limitación Temporal.

La presente investigación se limita en examinar los procesos de violación sexual a partir de la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal en la Corte Superior de Justicia de Junín, esto del 01 de julio del 2015 hasta el año 2017, a efectos de contribuir que los operadores jurídicos apliquen de manera correcta e idónea los presupuestos que señala el código civil para una reparación civil adecuada a los daños ocasionados por el delito de violación sexual, teniendo relevancia investigativa, toda vez que ayuda que este código procesal penal sea aún más garantista a favor de la víctima salvaguardando la tutela judicial efectiva.

1.6.2. Limitación Espacial.

La presente investigación se ha efectuado en la Corte Superior de Justicia de Junín que se observó que los jueces no motivan conforme a los lineamientos y presupuestos que exige el código civil para una correcta reparación integral teniendo como resultado que no salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva en relación a la pretensión resarcitoria de la víctima de violación sexual. En ese sentido, la presente investigación se limita en evaluar la problemática sólo en la Corte Superior de Justicia de Junín, pues los factores del

problema ocurren en toda la jurisdicción de justicia penal, siendo nuestro objetivo identificar dichos factores.

1.6.3. Limitación Teórica.

En la presente investigación, no se ha tenido complicaciones en cuanto a los accesos a la información teórica, toda vez que existe múltiples libros, tesis y artículos que explican las variables de nuestro problema, existiendo accesibilidad en la información, en consecuencia, no existe limitación alguna para conseguir diversas fuentes para poder comprender en su magnitud esta investigación.

Capítulo II

Marco Teórico

2.1. Bases Teóricas Relacionadas con el Tema

2.1.1. Reparación Civil en el Ámbito Penal.

A. Nociones Generales.

Los operadores jurídicos han desarrollado ampliamente la responsabilidad civil en los procesos civiles, fijando criterios idóneos desarrollados por las diversas gamas de las jurisprudencias, siendo posibles de utilizar estos mismos criterios en el proceso penal para fijar la indemnización derivados de los delitos. Sin embargo, pese que no existe impedimento realizar dos acciones con distintas pretensiones en el proceso penal, la primera buscar la responsabilidad penal que genera una sanción, mientras la segunda pretende la reparación de la parte agraviada víctima de violación sexual; pero, pese de ser disciplinas autónomas llevadas en un solo proceso penal, la acción de cada una de ellas se acompleja por diversos factores, a tal punto que no llegan a ser autónomas y la acción civil no cumple la finalidad de reparar proporcionalmente a favor de la agraviada; por esa razón se requiere de una connotación un poco distinta a lo llevado en la vía civil.

Es evidente que se desarrollado ampliamente la responsabilidad civil, generados por un hecho ilícito civil, pero no se ha logrado abarcar ampliamente la responsabilidad civil derivados por los delitos penales, que ira variando algunos criterios propios de la responsabilidad civil extracontractual, acentuándose la responsabilidad civil derivados de los delitos penales llevados en un proceso penal, y esto aún más se a compleja cuando la víctima se trata de una menor de edad, víctima de agresión

sexual, siendo una de las más complicadas para fijar la cuantía de la reparación civil.

Pues bien, la problemática en la presente investigación se centra en la reparación civil llevada en un proceso penal, toda vez que el hecho lesivo del bien jurídico protegido ha sido por causa de un ilícito penal, en este caso la violación sexual contra una menor de edad. En ese sentido, la experiencia nos ha enseñado que la reparación civil en los procesos penales ha sido tomada como una sanción penal, más no como un acto reparatorio del daño causado a favor de la agraviada, cuya finalidad es perseguible por el derecho civil.

Por esa razón, la reparación civil seguida en los procesos penales viene a ser irrisoria, quebrantando la tutela judicial efectiva de la agraviada víctima de violación sexual, toda vez que no guarda relación ni proporcionalidad con los costos en relación al daño del bien jurídico para una real reparación o indemnización civil a efectos de ser utilizada para diversos tratamientos médicos, psicológicos a fin de sobrellevar una vida sexual normal y con un pleno desarrollo social; en consecuencia deberá evaluarse los daños provocados por el delito de agresión sexual con criterios propios para determinar la responsabilidad civil, al igual fijar la cuantía real para obtener una reparación íntegra o al menos acercarse a ella, en base a la proporcionalidad y razonabilidad.

Para llegar a una adecuada reparación civil en los procesos penales se debe pensar que ambas disciplinas son autónomas, cada uno con su propia pretensión, pues mientras el derecho penal persigue la responsabilidad penal, el derecho civil pretende el resarcimiento de los daños producidos por la conducta delictiva, apreciándose la independencia entre la

pretensión penal; obteniendo cada uno, la autonomía conceptual; por esa razón, la reparación civil deberá establecer criterios propios del derecho civil, más no con criterios penales, que generará montos exiguos sin cubrir la totalidad del daño causado a la agraviada, perjudicada en su integridad física y psicológica y sin tener la garantía de una tutela judicial efectiva.

La parte agraviada por un largo tiempo ha tenido que sobrellevar esta problemática, teniendo que someterse a la decisión del juzgador sin motivación alguna opta por una reparación exigua, sin tener la proporcionalidad de los gastos que tuvo que correr la agraviada a fin de cubrir diversos tratamientos. Esto se agrava más, cuando el sujeto activo se encuentra en prisión preventiva o purgando una pena que difícilmente pueda generar ingresos económicos para el cumplimiento de la obligación. Por esa razón, debemos de identificar los factores que generan estos problemas a efectos de tomar decisiones óptimas para la solución, tanto en las decisiones judiciales, la fijación de la cuantía y la respectiva ejecución de la reparación civil.

En ese sentido, es necesario evaluar las diversas resoluciones, como las sentencias y los autos de ejecución emitidos por los jueces de la Corte Superior de Junín a fin de observar las motivaciones lanzadas en relación a la reparación civil para poder identificar ciertos factores que involucren el resultado de una reparación irrisoria. Pues la inaplicabilidad de los criterios fijados por el derecho civil para determinar la responsabilidad civil en un proceso penal derivados de un delito ha traído diversas contrariedades para que la reparación sea reconocida en el proceso penal, toda vez que existe estudios escasos respecto al tema, como la posible utilización de criterios civiles para determinar la responsabilidad civil en los delitos, llevados ambos en el proceso penal, advirtiendo que ambas disciplinas

persigue su propia pretensión para salvaguardar el bien jurídico protegido y ambas ejecutan con diversos mecanismos procesales para el cumplimiento de la decisión judicial optada.

En efecto, cada disciplina del derecho ya sea civil o penal, tienen que proteger sus bienes jurídicos propios, pues en el derecho civil se ha visto que los bienes jurídicos que protege son netamente patrimoniales y extrapatrimoniales, a diferencia del derecho penal que resguarda bienes jurídicos con contenidos preventivos del delito, y cada una de estas serán ejecutadas de acuerdo a los mecanismos que ofrece la norma mediante una ejecución coactiva personal o real, respectivamente. Esta última ejecución viene a ser compleja, pues la propia norma penal pone obstáculos para su cumplimiento, toda vez que el obligado se encuentra con prisión preventiva o con pena privativa de libertad que difícilmente está en condiciones para obtener ingresos económicos, así como también son escasas las personas que infringen la ley penal que tengan bienes patrimoniales; en consecuencia, no vienen a ser ejecutados para reparar el daño causado a la víctima de violación sexual.

Así mismo, se advierte que estas disciplinas al estar juntas cumpliendo cada una con su propio rol en un proceso penal, existe el peligro que la responsabilidad civil sea tratada como una sanción penal a consecuencia de vulnerar el bien jurídico penal, más no como una reparación civil dejando de lado la protección del bien jurídico civil; esto acarrea una reparación irrisoria, por ende es necesario y vital tratar de identificar los criterios propios de una reparación civil en el proceso penal, siendo unos de los factores para que un juez penal no aplique dichos criterios.

No existe alcances claros ni específicos para regular la reparación civil derivados de los delitos penales, relación jurídica distinta a la reparación generados por el ilícito civil, siendo evidente la autonomía entre ambas disciplinas pese que se lleva a cabo en el proceso penal, que ha conllevado una serie de equivocaciones en el empleo de la reparación civil dentro del proceso penal, a tal punto que la indemnización fue vista equivocadamente como una sanción penal, provocando que no exista proporcionalidad en la reparación del bien jurídico dañado.

Esto se debe, entre otros motivos, a que por mucho tiempo se ha practicado en los procedimientos penales que la responsabilidad civil del imputado se califique con criterios penales o, debido también a que comúnmente la acción civil y la acción penal se desarrolle en los procedimientos penales, tomando los operadores jurídicos ambas acciones como una sanción penal, que hasta la fecha continua siendo un problema, pese ante la llegada del nuevo Código Procesal Penal, esto no ha cambiado, pues viene a ser un problema más profundo que no cesará si no identifiquemos la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil sin importar de los procesos que se encuentra sometida.

En el marco de esta problemática, el presente capítulo mostrará algunos puntos críticos en la regulación jurídica de la responsabilidad civil aplicados en el proceso penal, considerando que al determinar dicha responsabilidad derivados de los delitos contienen criterios propios, pero no ajenos al derecho civil.

En esa línea de ideas, se analizó las resoluciones judiciales, requerimientos fiscales y escritos de los abogados litigantes

para determinar los criterios utilizados para determinar la responsabilidad civil derivados de los delitos, que con frecuencia existirá contrariedades que saltan a la vista, sin cumplir con la finalidad de cada proceso, poniendo en juego la tutela judicial efectiva de la víctima de violación sexual, que no desea otra cosa, de seguir una vida saludable con pleno facultad de un desarrollo personal y social apto para autofinanciarse con total normalidad.

2.1.2. Reparación Civil.

Del Rio Labarthe (2016) observa claramente este problema que tiene «una vieja confusión vinculada a la idea de que la acción civil en el proceso penal deriva del delito, interpretación que conduce a un supuesto interés público o de la sociedad en el pago de la reparación civil o en la reparación del daño que distorsiona, seriamente, su tratamiento procesal» (p.1). Siendo un factor considerable para que los jueces penales determinan la cuantía de la reparación civil de manera irrisoria, sin fijar de acuerdo a los criterios establecidos por la doctrina civil, pues están inversos más a criterios penales que de alguna forma es subsumida la reparación civil, mezclando la acción penal con la acción civil, teniendo como único perjudicado la víctima por una incorrecta aplicación.

Debemos tomar en cuenta, que el ilícito civil (el deber de no causar daño a otro) conlleva a dos tipos, una que tendrá como consecuencia la persecución penal y la otra no, ambas traen una obligación de reparar el daño causado. Del Rio Labarthe (2016) menciona: «La acción civil no es de carácter penal, sino civil que consiste en una restitución, en una reparación o en una indemnización.» (p.2). La responsabilidad civil es producto del daño causado que implica un menoscabo patrimonial y extrapatrimonial del agraviado.

En ese sentido, no debemos pensar que la acción civil viene a ser accesoria de la penal y más aún cuando nuestro país ha visto por conveniente que tanto como la acción penal y como la acción civil deberá llevarse en el proceso penal, cada uno con sus respectivas pretensiones; sin embargo la víctima puede reservarse de recurrir a la vía civil a efectos de pretender la reparación civil, en consecuencia el proceso penal no se pronunciará sobre dicha reparación más sólo la responsabilidad penal por la conducta ilícita del acusado, tal como bien lo explica Gálvez Villegas (2012) de la siguiente forma:

(...) la acción penal, así como la civil deben ejercitarse en el proceso penal; sin embargo, deja a salvo la facultad del agraviado de reservarse el derecho de recurrir a la vía civil y pretender la correspondiente reparación en dicha vía, vale decir, concede al agraviado la facultad de elegir la vía judicial en la que ejercerá su pretensión resarcitoria. En este último caso, de elegirse la vía civil o reservarse el derecho de utilizar esta vía, en el proceso penal, (...), no se ventilará la acción resarcitoria, y por tanto no habrá parte civil ni agraviado con pretensión resarcitoria, y el proceso concluirá sin pronunciamiento respecto a la reparación civil. (p. 137)

Se diferencia del sistema que optó el Common Law, donde ambas acciones son totalmente autónomas, pues la acción penal se ejercerá separadamente de la acción civil que corresponde a un proceso civil. Así mismo, se diferencia de tercer sistema optado por Portugal, donde ambas acciones deberán llevarse obligatoriamente en un proceso penal, salvo excepciones descritas por ley.

El sistema optado por nuestro país se sustenta esencialmente en razones de economía procesal, pues los agraviados del hecho delictivo pueden efectuar su pretensión resarcitoria en el proceso penal a efectos de no realizar gastos como las tasas judiciales, pago de honorarios al abogado, honorarios de los peritos, etc. que, si se

efectúan en el proceso civil, sin embargo esta última vía viene a ser opcional.

En ese sentido, Del Río Labarthe (2016) ha señalado: «la acumulación de la acción civil al proceso penal responde, sencillamente, a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos» (p.3). Pero, este sistema optado por nuestro país se debe manejar correctamente, de lo contrario una mala aplicación sin lograr entender la naturaleza de la reparación civil estaría cayendo a un error empleando a la acción civil como carácter accesorio de lo penal para cumplir sus fines de este, trayendo como efecto una grotesca reparación al ser fijado por criterios jurídico público.

Hay que resaltar la tarea adecuada del juez civil al manejar de acuerdo a los criterios del Código Civil evaluando minuciosamente los daños causado a la víctima, sin contaminarse con criterios ajenos como lo practican el juez penal motivo por la cual repara de manera irrisoria, tal como lo advierte el doctor Trazegnies Franda (1987) al señalar:

En realidad, lo normal sería que la víctima de un acto delictual reclame en la vía civil la reparación por daños y perjuicios; el Juez Civil y el procedimiento civil se encuentran mejor preparados para evaluar los daños y determinar la indemnización que corresponde a la víctima en cambio el Juez penal está preocupado fundamentalmente por castigar al delincuente a nombre de la sociedad. (p.127)

Sin embargo, no todas las víctimas estarían formulando las pretensiones resarcitorias en la vía civil por más que está te garantiza una reparación integra, pues la experiencia nos ha enseñado que las víctimas de violación sexual nunca acudieron a la vía civil, toda vez que el derecho a la intimidad sexual no se garantiza, teniendo que

actuarse audiencias de carácter público a diferencia del proceso penal, en ese sentido, está completamente obligado que este último proceso tenga las garantías suficientes para resarcir de manera integra a la víctima de violación sexual, conforme a los criterios fijados por el código civil, para evitar una doble victimización.

Para garantizar a la víctima de violación sexual una reparación civil adecuada, tal como lo manifiesta León Velásquez (2012) «se deberá de quitar la idea que dicha reparación constituye una sanción jurídico penal, que cumple una finalidad propia de la pena y que puede imponerse conjuntamente con esta o sustituirla en algunos casos» (p.119)

Pues, la acción penal es muy diferente a la acción civil, ambos están insertadas en el proceso penal, cada uno con su pretensión tutelando sus propios bienes jurídicos, ergo, Gálvez Villegas (2012) establece:

En la mayoría de los delitos se afectan simultáneamente dos bienes o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico (dos bienes jurídicos) uno constituido por el interés público de la sociedad (y del Estado en su representación) y otro constituido por el interés privado o particular del titular específico del bien jurídico objeto de tutela afectado por la acción delictiva. (p.133)

Observándose la diferencia de los papeles que toman el Ministerio Público y el actor civil, cada uno con su propia pretensión dentro del proceso penal, tal como lo determina Creus (1985) «el primero tiene una pretensión punitiva y el segundo la pretensión civil resarcitoria del agraviado» (p. 217). Este último se trata de la reparación de un daño sujeto a las reglas del Código Civil, y por ello, Gálvez Villegas (2012) ha señalado que «la obligación resarcitoria como la pretensión que sustenta la acción resarcitoria tienen contenido privado o particular» (p.133). Concluyendo Creus lo siguiente:

Ambas pretensiones vienen a ser autónomas, pese que la pretensión civil se encuentra inserta en el proceso penal, pues la reparación de los daños causados no exime ni es atenuante para determinar la pena (pretensión punitiva), toda vez que la acción reparatoria no integra el sistema represivo del delito, permanece en la esfera privada. (p. 29)

Sin embargo, en la praxis los operadores jurídicos, tales como los jueces tratan a la indemnización de naturaleza privada como un carácter accesorio al derecho penal, toda vez que el cumplimiento de la reparación civil es valorado por los juzgadores, como dice Beltran Pacheco (2008) «a favor del imputado para rebajar la pena de acuerdo con un criterio de prevención especial positiva» (p.42)

Por ejemplo, como lo establece Beltran Pacheco (2008) el pago de la reparación civil bajo los fundamentos de la rehabilitación social trae como consecuencia en los procesos de alimentos la suspensión de la pena y la reserva de fallo condenatorio. Así mismo, ocurre en el principio de oportunidad, la cual el fiscal le permite «abstenerse de ejercitar la acción penal, cuando el agente hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil». (p.42)

Este hecho no viene a ser ajeno en los delitos de violación sexual, pues se han visto casos que para acogerse a la terminación anticipada deberá de pagar la reparación civil conforme lo acordado con la víctima a efectos que el imputado reciba los beneficios bajo la valoración de los juzgadores como parte del proceso de rehabilitación social, contaminando la naturaleza jurídico-privada de la reparación civil.

Entonces, queda claro que en la conducta delictiva se podrá analizar la pretensión punitiva y la pretensión resarcitoria, de manera

independiente, por ser de distinta naturaleza, sin que el derecho penal se valga de la pretensión resarcitoria para obtener sus fines, debiendo tener claro que no vienen a ser accesorios ni mucho menos la reparación civil viene a ser una sanción jurídico penal, toda vez que en el proceso penal se evalúa tanto la responsabilidad penal como la responsabilidad civil, de manera autónoma.

La responsabilidad civil se subdivide para los partidarios del sistema dualista en: responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, en ese sentido la doctora León Velásquez (2012), define:

(...) que el objeto de la reparación civil; con esta expresión se alude, en efecto, al complejo de principios que regulan el resarcimiento del daño derivado de una relación contractual (que sería responsabilidad contractual), de una violación al deber de cuidado (que sería responsabilidad extracontractual) y/o de una violación de la ley penal o delito (que sería responsabilidad penal). (p.123)

Sin embargo, Taboada Córdova (2003) señala que la doctrina moderna señala de manera unánime en que la responsabilidad civil es única, toda vez que «ambas clases de responsabilidad tienen como común denominador la noción de antijurídica y el imperativo legal de indemnizar el daño causado» (p.23) con los mismos requisitos y criterios que el Código Civil lo regula, siendo aspectos de un mismo sistema normativo.

El profesor Taboada Córdova (2003) considera que «tanto como la responsabilidad civil contractual y la extracontractual vienen a ser una sola, del mismo sistema normativo, señalando la estructura y requisitos comunes a la responsabilidad civil son la antijurídica, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución». (p.32)

En esa línea de ideas, se observa en el hecho delictivo la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, que se pueda originar dentro de un hecho ilícito, mientras el Ministerio Público persigue la pretensión punitiva, el agraviado puede pretender un interés privado como la reparación del daño causado, tal como bien lo explica el doctor en derecho y ciencias políticas Velásquez Velásquez (1997) que establece:

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, tratase 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. (p. 184)

A lo expuesto por Velásquez Velásquez (1997), se refiere al deber de restituir las cosas al estado anterior que se encontraba antes de la comisión del ilícito penal, compensando al agraviado mediante los costos económicos que puedan surgir al daño causado, siendo un efecto civil de la comisión de un delito.

En ese sentido, no debemos de mezclar las dos pretensiones de naturaleza penal y civil, pues cada uno tiene su propio bien jurídico que tutela, las mismas que pueden coincidir en algunos delitos, en otros difieren; es decir que no todo bien jurídico que tutela el derecho civil es el bien jurídico que tutela el derecho penal, pues cada pretensión son de distintas naturalezas insertadas en el proceso penal, por ello no se comparte con la definición que opta el profesor Peña Cabrera (2007) que establece:

La responsabilidad penal provoca una reacción puramente estatal (la pena), su presupuesto de punibilidad, esto es, la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos, significa la afectación de ese mismo bien, del cual la víctima es titular, por lo tanto, únicamente a ella le corresponde recibir la indemnización por los daños causados. (p. 125)

Del texto citado, el autor trata como un solo bien jurídico que tutela sólo el derecho penal, cuyo titular del bien jurídico es siempre la víctima; sin embargo esa premisa no es del todo cierto, toda vez que el derecho penal alcanza proteger el bien jurídico cuando está ha sido quebrantada teniendo con efecto la pretensión punitiva por lesionar un bien jurídico protegido, pero ahí queda su función protectora, olvidándose del bien jurídico dañado, que no siempre va coincidir con el bien jurídico que tutela el derecho civil, por ejemplo: en los delitos de lesión el bien jurídico protegido es la integridad corporal y la salud física o mental pero para el derecho civil el bien jurídico protegido es el deber de no causar daño a la persona, esto conlleva a reparar los daños causados antes del siniestro.

Así mismo, el autor al pensar erradamente que sólo el derecho penal protege un bien jurídico protegido, con esa forma de razonar, trae como consecuencia que sólo la víctima a quien se lesionó el bien jurídico será el único que recibe la indemnización por los daños ocasionados, siendo el único titular, se infiere que este no percibirá dicha indemnización si este ha fallecido. Como se observa dicha lógica no tiene sentido, pues hace falta el bien jurídico protegido por el derecho civil, que consiste el deber jurídico de no hacer daño a otras personas; en caso de que la víctima titular del bien jurídico protegido a nivel penal ha fallecido, corresponde resarcir a los herederos quien sufrió el daño moral por perder a un familiar, pese que estos herederos no fueron titular del bien jurídico protegido por el derecho penal. Comprobando de ese modo, la diferencia entre el bien jurídico penal y el bien jurídico civil, y la necesidad que ambas

disciplinas actúen en el proceso penal, pero con diferentes naturalezas.

En la práctica jurídica también se ha observado para el cumplimiento de la reparación civil, este se sirve del derecho penal como un tipo de anclaje con la finalidad que el imputado cumpla con la reparación, de tal suerte que ambas disciplinas se apoyan para cumplir la finalidad del proceso penal, este hecho beneficia al imputado como a la desesperada respuesta judicial sobre el cumplimiento del resarcimiento a favor de la víctima, por más mínima que este sea; concluyendo que no existe una real tutela judicial efectiva para las pretensiones de la víctima. Morí León (2014) infiere que una verdadera «paz jurídica perturbada por el delito será restablecida cuando se castiga al autor y cuando se le hace justicia a la víctima» (p.86)

Entendiendo de forma clara estos aspectos, Gálvez Villegas (2012) señala que la naturaleza jurídica de la reparación civil, de ejercitarse la pretensión resarcitoria, quedará sujeto el accionante a «la obligación de acreditar su legitimidad para obrar, el contenido de la pretensión (existencia del daño, su entidad y magnitud), así como a buscar la ejecución de la obligación resarcitoria una vez amparada por el juez». (p.136)

En tal sentido, se deberá de aplicar el artículo 93º del Código Penal (2016) que establece: «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» (p. 113). De este precepto normativo citado, se debe de comprender que la reparación comprende la restauración de la situación jurídica alterada por el delito.

En esa línea de ideas, la indemnización de daños y perjuicios, ante la falta de una amplia regulación en el Código Penal, debe ser

determinada de acuerdo a las normas del Código Civil y comprenderá, dependiendo del caso concreto, como Guillermo Bringas (2009) señala «el resarcimiento por todos los daños causados, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales». (p.16)

Quedando claro entonces que se deberá evaluar la existencia de una reparación civil conforme a los criterios establecidos por el Código Civil, esto en relación al delito de violación sexual analizando la conducta ilícita del agresor sexual que genera un hecho, que produce a su vez, consecuencias jurídicas, que viene a ser la obligación de resarcir los daños ocasionados a la víctima de violación sexual. Estos hechos que generan consecuencias jurídicas, en relación a la conducta ilícita vienen a ser hechos voluntarios ilícitos que contravienen las normas jurídicas, en este caso, el ilícito está regulado con el tipo penal base de violación sexual a menores de edad tipificado en el artículo 173° del Código Penal.

En el tipo penal de violación sexual se desprende que existe una víctima agredida sexualmente por el sujeto activo de tipo subjetivo doloso, este hecho viene a ser una conducta voluntaria ilícita que trae como consecuencia la obligación de reparar el daño causado. Pues, en un hecho ilícito en el proceso penal no sólo se discute la responsabilidad penal que trae como efecto jurídico la sanción punitiva, sino también se determina la responsabilidad civil que, no viene a ser otra cosa más, que resarcir el daño producido por la conducta típica penal.

Es evidente, que el juzgador penal, como se ha dicho deberá de evaluar la responsabilidad civil en base a los criterios que establece el código civil, más no en base del hecho ilícito ni mucho menos juicios penales u otros criterios ajenos; pese que existe una relación entre la conducta ilícita y el daño causado, siendo la tarea del actor civil determinar la existencia de la responsabilidad civil en el proceso

penal, en mérito de algunos requisitos como la antijuricidad, el daño causado, relación de causalidad y los factores de atribución.

Para que pueda existir responsabilidad civil se requiere de una conducta humana que contravenga el orden jurídico. Es decir, como dice Guillermo Bringas (2009) dice «se necesita de un hecho antijurídico» (p. 14); sin embargo hay que diferenciar entre la antijuricidad para determinar responsabilidad civil y para determinar responsabilidad penal, mientras este último necesita que la norma prohibitiva sea señalada de manera expresa en la norma penal con un carácter típico, la antijuricidad civil busca una norma prohibitiva genérica prevista en el ordenamiento jurídico, no siendo necesario la tipicidad expresa de la conducta que causa daño, pues pensar de esa forma, dice Taboada Córdova (2003) «estaríamos limitándonos en aplicar únicamente a los casos de conductas prohibidas o no permitidas expresa o tácitamente por las normas jurídicas» (p.48).

En ese sentido, no se deberá de mezclar la acción penal con la acción civil, porque ambas tienen distintas naturalezas jurídicas, en consecuencia, no se debe de llegar a confundir con la antijuricidad de ambas disciplinas tal como lo realiza el profesor Guillermo Bringas (2009) que discrepamos lo que señala a continuación:

(...) la reparación civil derivada del delito se trata de un supuesto de antijuricidad típica, pues la conducta, causante del daño, ha sido prevista ex ante como ilícito penal. En este sentido, puede apreciarse que una conducta tipificada como delito y que a su vez es protectora de un daño, tiene dos consecuencias: la pena y la reparación civil. Es sumamente importante analizar la antijuricidad de una conducta, porque la presencia de una causa de justificación conduciría a eximir de responsabilidad penal al autor del hecho y, generalmente, también de responsabilidad civil. (p.15)

Pensar que la antijuricidad penal es válida para ambas disciplinas, es estar en un error, toda vez que en los hechos que emplearon acción causando un daño a la víctima, en este supuesto se observa que en materia penal no existe tipicidad ni antijuricidad concluyendo que no hay responsabilidad penal, pero si existe antijuricidad civil a consecuencia de un ilícito civil que es el deber de no causar daño a otro; concluyendo que ambas disciplinas tienen su propia antijuricidad.

Es por esa razón, pese que no exista delito en una conducta que cause daño, esto no lo exime de responsabilidad civil, toda vez que la antijuricidad en ambas materias son distintas, mientras que en el derecho penal depende que la norma prohibitiva sea típica, en el derecho civil sólo basta en determinar el incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás en base a las buenas costumbres como principio; en ese sentido los fundamentos y requisitos en materia penal y civil son completamente distintos, pues este último dice Taboada Córdova (2003) que «se persigue básicamente es reparar o resarcir los daños ocasionados, mientras que en la responsabilidad penal el objetivo fundamental es sancionar al autor del delito, haya habido daño o no». (p.49)

El daño causado es el segundo requisito para determinar responsabilidad civil, señala Taboada Córdova (2003), se entiende que «en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar; concibiéndose como daño la lesión a todo derecho subjetivo» (p. 33), en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación. La doctrina reconoce dos categorías, el primero el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial; este último es el daño con mayor frecuencia que concurre en las víctimas de violación sexual, pues se trata de establecer el monto resarcitorio en relación al alcance del daño moral y daño a la persona, siendo un factor más

para que los juzgadores determinen la cuantía de la reparación civil de manera irrisoria a favor de la víctima.

Al referirse del daño moral que es indemnizable considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia. Este tipo de daño se entiende como la molestia producida a un tercero en su seguridad personal o en el goce de sus bienes, o como la lesión de sus afecciones legítimas, como lo manifiesta León Velásquez (2012)

Se le conoce también con la denominación de daño psicológico o subjetivo. Según un sector de la doctrina, el daño extrapatrimonial es de dos clases: a) Daño moral, que consiste en el sufrimiento físico (sensación dolorosa), psíquico (aflicción, angustia, ansias, preocupación, etc.) o en el perjuicio social (v. gr. descrédito por la difamación) que se inflige al perjudicado; y b) El daño a la salud, que absorbería en una unidad al daño a la vida en relación, al daño estético y al daño a la vida sexual. (p. 126)

En ese sentido, se puede inferir que el daño moral comprende el dolor causado en relación a la violación sexual, el sufrimiento, la pena, la degradación experimentada, las inquietudes que es producto del recuerdo de la agresión sexual sufrida, quebrantando la dignidad. Como bien lo advierte Campoverde Sánchez (2015) dice «Dentro del daño moral también se puede analizar el daño emergente y el lucro cesante» (p. 94); el primero el daño psicológico producido a la víctima que genera gastos para un tratamiento a efectos que se desarrolle con completa normalidad en la sociedad, mientras el segundo es el lucro dejado de percibir producto de la agresión sexual, por ejemplo dejar de trabajar los representantes del menor un cierto periodo, toda vez que estos delitos pueden desestabilizar el estado psicológico de la víctima.

A parte del daño moral dice Campoverde Sánchez (2015) dice que también se puede presentar «el daño a la persona provocados daños corporales producto del hecho ilícito, constituyéndose daños físicos toda lesión que recaiga sobre el cuerpo de la víctima» (p. 96). Agrega el mismo autor que en «los delitos de violación sexual que el sujeto activo utiliza la fuerza para doblegar a la víctima, presentándose lesiones como golpes, dejando hematomas, escoriaciones y desgarros en las partes afectadas, como en la parte genital» (p. 99)

El daño a la víctima de violación sexual es muy amplia y compleja, siendo también un factor para que los jueces penales estimen una reparación de manera irrisoria a favor de la víctima, pues no logran comprender la seriedad del daño causado, pues sólo estiman los daños que resaltan a la vista como son los daños físicos y daños patrimoniales; sin lograr ver el daño psicológico que se ha perpetrado, que mayormente la víctima recibe traumas que provoca una sensación de indefensión y vulnerabilidad, que trae la pérdida de la confianza hacia el resto de personas y de la sociedad en general, provocando ira y vergüenza, sufriendo alteraciones psíquicas, con trastorno de estrés postraumático. Campoverde Sánchez (2015) «Estos trastornos generan persecuciones psicológicas siendo complicado en relacionarse con los demás, evidenciándose que la vida social de la víctima se ve afectada, aislándose de la sociedad sin dejar que se desarrolle libremente en ella» (p. 104); debiendo de estimar este tipo de daño que no permite el desenvolvimiento dentro de la sociedad.

No debemos de olvidar el proyecto de vida de la víctima, pues la agresión sexual sufrida limita que la agraviada no adquiera aspecto patrimonial, se limita física y psicológica; generando que el curso de la vida cambie, se desvanezca o se vea forzado a tomar otro rumbo. La agresión sexual provoca que la víctima rompa las expectativas de

vida, generando cambios bruscos en el proyecto de vida, tal como lo describe Campoverde Sánchez (2015)

Este daño es de especial tratamiento puesto que en el caso de los delitos sexuales la impresión de la violación puede ser tal que rompa las expectativas que la víctima tenía, por lo que su tratamiento y reparación debe ser oportuno y adecuado; y, en todo caso debe merecer una justa indemnización. (p.97)

Observándose que las víctimas de violación sexual mayormente generan daño moral, daño a la persona, daño al libre desenvolvimiento social y daño al proyecto de vida, analizándose dentro de estos aspectos el daño emergente y el lucro cesante. En ese sentido no es justo que la víctima reciba un monto irrisorio por todos los daños que lo ocasionan, teniendo la tarea los jueces penales en analizar los daños de manera minuciosa en el hecho concreto a efectos que la reparación civil sea integral, Campoverde Sánchez (2015) agrega que «los gastos psicológicos, médicos y sociales que la víctima haya recibido o deba recibir, los honorarios del abogado, los daños fiscos, tratamiento de inclusión social y laboral, indemnización por el daño moral y por el proyecto de vida» (p. 98), así como también la restitución de los materiales perdidos producto del hecho.

De esa forma, la víctima será indemnizada, logrando la rehabilitación tanto en aspectos médicos y psicológicos, la restitución de los bienes perdidos, la restitución a la vida familiar, a los honorarios dejados de percibir, a la educación, a la residencia anterior o al empleo perdido. Sin embargo, este punto de vista no garantiza que el agresor sexual no cumpla con la obligación de reparar los daños ocasionados por la conducta delictiva, quizás no cuenta con los medios suficientes para cubrir con toda la reparación civil, ahí entra a tallar el Estado como responsable solidario a fin de otorgar la reparación respectiva,

mientras el sentenciado deberá ser ejecutado por el Estado quien cubrió dicha reparación.

En cuanto a la relación de causalidad se debe entender el nexo causal entre un hecho ilícito y el daño generado por la conducta delictiva, teniendo entre ambos una relación de causalidad, es decir de causa y efecto, tal como muy bien lo explica la doctora León Velásquez (2012)

La relación de causalidad o nexo causal constituye la ligazón que se entabla entre dos situaciones fenoménicas diversas, en razón de la cual una de ellas se constituye en el efecto jurídico de la otra, de tal manera que una existe solo en cuanto se da la preexistencia de la otra. En otras palabras, el nexo causal es el vínculo entre la acción y el resultado por el cual la acción es la causa del resultado, constituyéndose una relación de causa – efecto. (p.124)

En efecto, deberá entablar una especie de ligazón entre la acción (conducta delictiva) y el resultado (el daño). En la conducta delictiva de violación sexual generalmente traerá consigo dice Echeburúa (2002) «lesiones psíquicas como los trastornos adaptativos (con estado de ánimo deprimido o ansioso), el trastorno de estrés postraumático o la descomposición de una personalidad anómala» (p.140), este tipo de traumas deberá tener una relación jurídica de causa y efecto entre la conducta de agresión sexual y el daño producido a la víctima, es decir que el daño causado debe ser la consecuencia de la conducta antijurídica del agresor sexual debiendo concurrir dos factores denominado factor in concreto y un factor in abstracto. El primero como dice Taboada Córdova (2003), debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material entre el daño y la conducta antijurídica del autor, mientras que el segundo se deberá analizar de «acuerdo a la experiencia

normal y cotidiana que la conducta antijurídica debe ser capaz o adecuada para producir los daños causados» (p. 85)

La tarea del actor civil es tratar de determinar la relación de causalidad entre el daño y la conducta ilícita del agresor sexual, pues en este tipo de agresión se puede observar la existencia de diversos daños producidos a la víctima como se ha visto líneas arriba, asimismo se puede dar el caso de la pluralidad causas que podría ocasionar el trauma con alteraciones psíquicas, con trastorno de estrés postraumático, pudiéndose deducir que el daño no es consecuencia de la conducta del sujeto, sino por otras causas que generan el mismo daño, debiendo ser compatible con la falta de responsabilidad penal que se establece en el proceso penal, de lo contrario llega a ser presumible que existe una relación de causalidad entre el delito efectuado y el daño causado en relación al hecho de violación sexual.

Por último, los factores o criterios de atribución pueden entenderse la búsqueda del sujeto que se hará responsable de la indemnización, es decir Taboada Córdova (2003) dice «el factor de atribución pretende distinguir quién será el agente que responderá por los daños causados y a que título responderá por ellos» (p.126). En ese sentido, se puede inferir que el autor que causa daño ya sea por dolo o culpa, está obligado a indemnizarlo; precisando que se trata de un sistema subjetivo de la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, en el supuesto hecho objetivo de realizar actividad riesgosa producto de ello se causa un daño, se está en un sistema objetivo.

No se debe de limitar los factores atributivos, pues sus clasificaciones vienen a ser diversos, pues en el supuesto que se realiza un abuso de derecho provocando un daño, advirtiendo que en este caso no se observa el dolo, la culpa ni los riesgos, pero existe un daño atribuido por quien ha ejercido el abuso de derecho. Lo mismo ocurre con el garante, por ejemplo, en una taberna el cliente cae de las escaleras

producto de un escalón defectuoso provocando múltiples lesiones, el garante en este supuesto viene a ser el dueño de la taberna quien es atribuible para que indemnice al agraviado, pese de no tener dolo, culpa o una actividad riesgosa.

De este último supuesto, el deber de garante también se les puede atribuir a los padres o tutores del menor de edad quien cometió una infracción causando un daño. Lo que trato de decir, es que no necesariamente la obligación de indemnizar es atribuible a quien cometió el ilícito civil de manera directa, sino también al quien tiene la garantía del deber de cuidar atribuyéndole la obligación de indemnizar a la víctima.

En ese orden de ideas, el Estado con todos sus mecanismos de prevención y protección de cualquier tipo de delito viene a ser garante, en consecuencia, también es atribuible que indemnice y repare a favor de la víctima de violación sexual, en el supuesto que el sujeto activo no tenga los medios ni las condiciones para cubrir la reparación civil, pudiendo ser cobrado posteriormente por el Estado. Garantizando de esa forma la ejecución que tiene como propósito en salvaguardar los derechos de la víctima de violación sexual.

2.1.3. Naturaleza Jurídica de la Reparación Civil Derivado del Delito.

Para determinar la autonomía o la dependencia de la acción civil con el derecho penal seguidos en los procesos penales, debemos primero evaluar la naturaleza jurídica de la reparación civil derivados de los delitos, existiendo dos tendencias, la primera radica que el derecho penal es considerado como un derecho público, con excepción de la querrela, el ministerio público en representación del Estado persigue el delito, presentándose la reparación civil con una connotación penal, por estar vinculada al delito y por consiguiente tiene una naturaleza sancionaría; mientras la segunda tendencia se presenta la acción civil como persecución privada propio del derecho civil, que no se perdería

este estilo por estar inmerso en un proceso penal, tal como lo explica el profesor Gálvez Villegas (2011):

Algunos sostienen que, por estar vinculada al delito, la respuesta del ordenamiento jurídico está relacionada con la sanción penal y consideran, sobre esta base, que tiene naturaleza penal o de que se trata de una especie de tertiumgenus (tercera vía, al lado de las penas y medidas de seguridad). Por el contrario, otros afirman que, tratándose de la reparación de un daño sujeto a las reglas del Código Civil, la obligación resarcitoria, así como la pretensión que se ejercita en el proceso penal a fin de lograr la reparación, tienen contenido privado o particular. (p. 189)

En efecto, tanto como el derecho privado y el derecho penal se encuentran inmersos en el proceso penal, toda vez que el daño causado por una conducta delictiva viene a ser reparable en relación del bien jurídico lesionado y sancionable penalmente al sujeto activo, ambas acciones están sometidas al proceso penal. De ahí parte la importancia de identificar la naturaleza de la reparación civil derivados del delito que, en definitiva, se trata de una naturaleza penal o privada, cada uno con sus propias características e incluso existe otro sector de la doctrina que señala que es de naturaleza mixta, toda vez que al tener un vínculo con la conducta delictiva sancionable penalmente y que este genera una reparación civil, que no es otra cosa más que reparar el daño causado por la conducta ilícita, tal como lo advierte el profesor Beltrán Pacheco (2008):

Al respecto existen diversas posiciones. Una primera establece que la reparación civil tiene una naturaleza penal dado que se realiza a través del proceso penal y está conexas a una pretensión pública punitiva (la pena). Una segunda sostiene que es de carácter mixto puesto que si bien es cierto se realiza en el proceso penal, su esencia

es civil (compensar a la víctima). Una tercera afirma una naturaleza civil. (p. 41)

Como se ha visto líneas arriba, existen diversas posturas sobre la naturaleza jurídica de la reparación civil derivados de la conducta ilícita penal; en ese sentido, es necesario señalar estas posturas sobre la naturaleza jurídica de la reparación civil en los procesos penales a efectos de optar por una postura y de acuerdo a ella desarrollar la presente investigación.

A. Naturaleza Jurídica Punitiva de la Reparación Civil.

Al momento de la comisión de la conducta delictiva genera daños, causando dos acciones, la primera la reparación del daño y la segunda la sanción penal, en esta naturaleza punitiva, estas dos acciones intervienen el Estado, en consecuencia, la reparación del daño al bien jurídico protegido no será perseguida por el agraviado a quien se ha recaído directamente la lesividad y pese a ello, el Estado usurpó que por derecho propio lo corresponde a la víctima, como dice Zaffaroni (2006): «a quien se le reduce la participación como parte procesal, instrumentalizando al agraviado a fin de neutralizar e imputar al agresor, pues este lamentable efecto se basa en la catalogación del Derecho Penal como derecho público, salvo excepciones; con este fundamento el Estado expropió el derecho de la víctima» (p. 07)

Es decir, en esta tendencia la víctima no tiene el derecho de perseguir la reparación civil, toda vez que al encontrarse inmerso al proceso penal, el Estado persigue la acción reparatoria revestido con criterios punitivos, tal como bien lo explica León Velázquez (2012), de la siguiente forma:

«Se trata, además, de un problema que pone en juego la frontera entre el Derecho Privado y el Derecho Penal, es decir, de sus dos reacciones características: la reparación del daño y la pena. La intervención del Estado, quitándole la facultad de perseguir una reparación del daño al ofendido y la pretensión punitiva o la pena, supone un medio de control social en virtud del cual impone su autoridad frente a los ciudadanos en una relación de Estado-súbdito». (p. 120)

De lo señalado, es evidente en esta postura que el Estado contrarresta al agraviado del delito a efectos de utilizar su dolor para tener una justificación de imputar al agresor de las normas penales, siendo solo un medio la reparación del daño para acreditar la resocialización del sujeto activo del delito, advirtiéndose que dicha reparación y el agraviado viene a ser solo un instrumento para llegar a la imputación de la pena, sin importar la reparación del bien jurídico lesionado del agraviado, pues esta reparación civil para esta postura tiene una connotación sanción jurídico penal que tiene una finalidad propia de la pena, tal como lo afirma León Velásquez (2012):

Hay autores que han considerado que en sede penal la reparación civil constituye una sanción jurídico – penal, que cumple una finalidad propia de la pena y que 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. (p. 120)

Esta autora al tratar de explicar esta postura de la naturaleza jurídica punitiva establece que la reparación civil cumple una finalidad propia de la pena, pues se ha visto en la praxis que el pago de la reparación civil es valorada por el juzgador quien

decide en la sentencia suspender la pena o en ocasiones hasta reservar el fallo condenatorio señalando la regla de conducta el pago íntegro de la reparación del daño e incluso es valorada para determinar la existencia de la resocialización por parte del sentenciado, así lo establece Beltrán Pacheco (2008):

«Manifestaciones de este carácter accesorio y del fundamento penal de la reparación civil lo tenemos en distintas partes de la legislación penal. así “la voluntad de reparar el daño o el efectivo resarcimiento del responsable penalmente” es valorada en algunas de las instituciones comprendidas en el Código Penal, en este caso los sustitutivos penales, como la suspensión de la pena y la reserva del fallo condenatorio, establecen como regla de conducta “reparar los daños ocasionados por el delito...” (Conforme a los artículos 58º y 64º del Código Penal Peruano). Esto se valora como “parte del proceso de rehabilitación social”. (p. 42)

En efecto, para esta postura la reparación civil no es más que un carácter accesorio, siendo solo un instrumento para fundamentar la sanción penal, advirtiéndose que tanto como la sanción punitiva y la reparación del daño persiguen un interés público, infiriéndose la utilización de la reparación civil para la fundamentación de la sanción punitiva, contrario sensu, ante la inexistencia de la sanción penal es lógico que tampoco exista la reparación civil, por su carácter accesorio que establece esta corriente, tal como el profesor Reinhart Maurach (1962) sostiene que: «del hecho de que la indemnización constituye en su esencia un efecto “accesorio” se deriva el que únicamente puede ser impuesta en virtud de una sentencia condenatoria a una determinada pena. No podrá pues establecerse cuando se acuerde la absolución por compensación o el sobreseimiento del proceso». (p. 126)

B. Naturaleza Jurídica Privada de la Reparación Civil.

En la primera postura se aprecia el carácter accesorio y público que tiene la reparación civil en el proceso penal, pues esta figura de la reparación es instrumentalizada para llegar a la finalidad propia de la pena, que para algunos autores son cuestionables, tal como considera el profesor Peña Cabrera (2007) al sostener «que es rebatible la primera postura porque los criterios de imputación son distintos, así como sus efectos y sus pretensores» (p. 126). Por su parte Prado Saldarriaga (2000), «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».(p. 275)

En esta postura, es claro que los autores toman en cuenta el interés real de la víctima, que no es otra cosa más que la reparación del daño causado, pues a diferencia del carácter accesorio y público de la naturaleza jurídica punible de la reparación civil, este viene a ser autónoma y privada, pues el hecho que este instituto civil se desarrolle en un proceso penal es por el simple hecho que se protege el principio de celeridad y economía procesal a favor de la víctima, tal como lo predispone Gálvez Villegas (2016) de la siguiente forma:

A fin de determinar la naturaleza de la reparación, es necesario tener en cuenta que esta no se basa en un interés público como la pena, si no que la necesidad de reparar del daño ocasionado por el delito constituye su fundamento y función. El hecho de que se ejercite esta pretensión en el proceso penal se debe solamente a fines de economía y celeridad procesal. La naturaleza privada de la pretensión resarcitoria está, por tanto, determinada por la naturaleza, privada y personal, del interés

que constituye su contenido y no por la forma como se ejercita ante el órgano jurisdiccional. (p. 189)

En efecto, para esta postura la reparación civil no deja de ser privada sólo por el hecho que se desarrolla en el proceso penal, pues la acción punitiva que es de carácter público será perseguida por el Estado; sin embargo la acción civil corresponde a la víctima como parte interesada de reparar el daño causado por la comisión ilícita del imputado, siendo esta figura de carácter privada, tal como bien lo explica el profesor Gálvez Villegas (2012): «La pretensión punitiva del Estado se ejercita judicialmente a través de la correspondiente acción penal y la pretensión del agraviado a través de la pretensión civil que se inserta en el proceso penal ya iniciado con el ejercicio de la acción penal» (P. 133)

En esa línea de ideas, la naturaleza jurídica privada de la reparación civil no cambia al desarrollarse en el proceso penal, pues si está dentro de este último proceso es para no quebrantar el principio de celeridad y economía procesal, toda vez que iniciar un proceso en la vía civil, es sumar a la carga procesal más los costos adicionales que no ocurren en un proceso penal, por tal razón la reparación civil es insertado en el proceso penal; sin embargo esto no cambia el carácter privado que tiene este acción civil como bien lo explica Creus (1985) de la siguiente forma:

(...) 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. (p. 2017)

Esta inserción de la acción civil al proceso penal no altera el carácter propio de la pretensión resarcitoria, pues tanto la acción penal y la acción privada tiene sus propias pretensiones, la primera en determinar la sanción punitiva del imputado bajo sus reglas propias del derecho sustantivo penal a efectos de consignar responsabilidad penal; mientras que la pretensión civil busca sólo el reparo del daño causado por el comportamiento delictivo, determinando la responsabilidad civil aplicando criterios propios. Se advierte que ambas pretensiones son autónomas entre una y otra, cada uno busca proteger los bienes jurídicos tutelados, uno con interés público y el otro con interés privado, como bien sostiene Gálvez Villegas (2012):

Hay que tener en cuenta que, al cometerse un delito, en la mayoría de los casos – salvo en los delitos de peligro abstracto -, se afectan simultáneamente dos bienes o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico (dos bienes jurídicos) uno constituido por el interés público de la sociedad (y del Estado en su representación) y otro constituido por el interés privado o particular del titular específico del bien jurídico. (p. 133)

La acción penal, protege el bien jurídico de carácter público, mientras que la pretensión civil protege el bien jurídico de interés privado, advirtiendo que ambas disciplinas salvaguardan dos bienes distintos, cada uno con sus propios criterios sujetos al derecho sustantivo, tanto como el derecho penal y el derecho civil, respectivamente.

C. Naturaleza Jurídica Mixta de la Reparación Civil.

Esta postura señala que un hecho considerado delito por las normas penales causa daños quebrantando el interés privado quien pretenderá la reparación del bien lesionado por la conducta reprochable que será sancionable por el derecho penal que también establece la reparación del daño conjuntamente con la condena, infiriéndose que la reparación viene a ser tanto de naturaleza civil como penal, así lo establece Villegas Paiva (2013): «(...) refiere que la reparación civil tiene una doble naturaleza: civil – penal: la pretensión tendría naturaleza jurídica privada pero el ejercicio de la acción resarcitoria, en sede penal, es pública» (p. 179)

Asimismo, se puede inferir que esta postura también conlleva el artículo 92° del Código Penal (2016) que establece: «La reparación civil se determina conjuntamente con la pena» (p. 112); del precepto normativo se desprende que el monto de la reparación civil será fijado conjuntamente con la pena, independientemente a la voluntad del agraviado; deduciendo que la reparación tiene naturaleza civil, pero es valorado en atención a la magnitud del daño irrogado sin dejar de lado a la reprochabilidad penal, deduciendo que a la determinación de la pena automáticamente acarrea la responsabilidad civil.

Por otro lado, el artículo 100° del Código Penal (2016) prescribe lo siguiente: «La acción civil derivada del hecho punible no extingue mientras subsista la acción penal» (p. 116); de la norma citada se aprecia que la conducta delictiva que ha derivado daños al interés privado no prescribe mientras exista la acción penal, advirtiéndose que la propia pretensión civil está sometido a las reglas que predispone la norma penal, no siendo tan autónoma, pues cabe recordar que la norma civil tiene sus propias disposiciones que desarrolla la prescripción en la

responsabilidad extracontractual, está observación lo ha señalado el profesor Villegas Paiva (2013) de la siguiente manera:

(...) coadyuva a esta postura la regulación de la extinción de la acción, pues el artículo 100° del CP prescribe que “la acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal”, lo cual demostraría que los términos de la prescripción de la acción civil derivada del delito no son los mismos para toda acción civil, sino que se hallan vinculados a los alcances de la prescripción del delito. Se apunta que si la acción civil tuviera carácter genuinamente civil no tendría por qué tener una prescripción distinta a la reservada a la responsabilidad extracontractual. (p. 179)

En efecto, la propia norma civil establece la prescripción en la responsabilidad extracontractual, propio de un hecho delictivo que genera daños, sin embargo, la norma penal somete a la acción civil para que esta no se extinga hasta que termine la acción penal, siendo evidente que este artículo normativo adopta esta postura mixta.

D. Posición Adoptada: Asunción de la Tesis de Naturaleza Privada de la Reparación Civil.

Nos adherimos a la postura de la naturaleza jurídica privada de la reparación civil seguida en el proceso penal, que explica sobre el daño causado por una conducta delictiva propia de una acción privada, siendo esta de naturaleza civil, toda vez que no se vulnera los derechos de la víctima a ser resarcidos proporcionalmente, otorgando capacidad para pretender la reparación del daño, pues viene a ser lo único que desea la parte agraviada, pues decir lo contrario a esta postura, estaríamos quebrantando la tutela judicial efectiva en perjuicio de la víctima,

otorgando facultades al Estado para perseguir la reparación con un fin público y de carácter accesorio, asimismo se infiere que existiría dos tipos de reparación civil, tanto para los casos que deriva del ilícito penal y otro que deriva de un ilícito civil, tal como señala Villegas Paiva (2013):

Nos adherimos a la postura que sostiene que la reparación civil que se ventila en el proceso penal por causa de un hecho ilícito de apariencia delictiva es de naturaleza privada o civil. Afirmar lo contrario, esto es que la reparación que se desarrolla en el proceso penal es pública o en todo caso mixta, sería admitir que existen dos tipos de responsabilidades civiles, lo cual resulta equivocado, pues la responsabilidad civil es una en todo el ordenamiento jurídico, independientemente de dónde se encuentren recogidas reglas específicas que buscan hacerla efectiva (...). (p. 180)

En efecto, la reparación civil es única, no existen diferencias sustanciales solo por el hecho que se encuentra desarrollada dentro del proceso penal, tal como lo refiere el profesor Taboada Córdova (2003) al señalar: «La doctrina moderna, y desde hace mucho tiempo, es unánime en que la responsabilidad civil es única, y que existen solamente algunas diferencias de matiz». (p. 181)

Cabe recordar que en el proceso penal existen dos pretensiones distintas, una es determinar la responsabilidad penal y la otra reparar el daño, este último tiene naturaleza civil sujeta a las reglas propias de la acción civil, toda vez que «mientras la pena se impone con la finalidad de mantener el bien jurídico frente a vulneraciones culpables, la reparación civil derivada del delito se centra en la función de reparar el daño producido a la víctima

por la acción delictiva» Villegas Paiva (2013); siendo evidente la naturaleza civil que tiene la reparación.

Así mismo, la acción civil no nace del delito sino del daño causado por la conducta ilícita, pues al existir un delito sin daño particular de por medio, resulta imposible plantear una indemnización, toda vez que no hay daño, cuyo presupuesto propio de la acción civil se requiere para pretender la reparación, de esa forma probamos la naturaleza privada de la reparación civil.

En ese sentido, se aprecia la autonomía de la acción civil y penal, ambos analizan un mismo hecho con diferentes perspectivas, utilizando cada uno los presupuestos de acuerdo a la finalidad que persiguen, como la imputación penal y la reparación del daño, respectivamente, tal como lo advierte el profesor Villegas Paiva (2013):

(...) cada una tiene su propia estructura: la responsabilidad penal requiere, en una teoría analítica del delito, de un hecho típico, antijurídico y culpable, mientras que la responsabilidad civil de la existencia de un daño antijurídico, una relación de causalidad entre el daño y la conducta realizada por el autor del mismo, así como de un factor de atribución por el cual se pueda hacer responsable al causante del daño. (p. 182).

De la premisa citada, tanto como la imputación penal y la reparación civil se hace bajo sus propios criterios de forma independiente, en relación a la pretensión que busca satisfacer, toda vez que cada una de estas acciones ha desarrollado su propia estructura, no siendo óptimo de llegar a una mezcla caprichuda, rompiendo la autonomía de cada disciplina hasta

llegarse a contaminar, pudiendo resultar una reparación con fines punitivos olvidándose por completo a la víctima.

En esa línea de ideas, es evidente la existencia de autonomía conceptual de la reparación civil desarrollada en un proceso penal es independiente de la acción penal, pues la unión de ambas pretensiones en un mismo proceso no debe afectar la autonomía, tanto de la acción punitiva y la acción privada. Se advierte la autonomía toda vez que al no encontrar responsabilidad penal no significa que tampoco exista responsabilidad civil, pues este último analiza la acreditación de un daño y demás presupuestos que la acción civil exige, siendo independientes de la pretensión penal, tal como bien lo explica García Caveró (2005) al señalar: «La unificación de las pretensiones en el proceso penal no debe efectuar la autonomía de cada una de ellas, de manera tal que la falta de una condena no tendría que ser óbice para imponer una reparación civil en caso que estén acreditado el daño en el proceso penal». (p. 93).

En ese sentido, esta autonomía existe, pese de encontrarse en un mismo proceso, existiendo una acumulación de pretensiones tal como refiere la Corte Suprema en el acuerdo plenario Nro. 5-2011 (2011) que: «(...) un juez penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el cuántum indemnizatorio – acumulación heterogénea de acciones -, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal» (p. 3). Es decir, que, al existir dos acciones en el proceso penal, cada uno con sus respectivas pretensiones, esto viene a ser una acumulación de la acción civil al proceso penal, siendo esta una acumulación heterogénea de pretensiones, con la finalidad de no quebrantar el principio de celeridad y economía procesal.

2.1.4. Bienes Jurídicos y su Protección.

El bien jurídico viene a ser el sentido que tiene toda norma, la de proteger y defender los intereses del hombre y de la sociedad a efectos de convivir sin afectar las relaciones sociales para vivir de forma pacífica, tal como lo señala Bramont-Arias Torres (2005): «El bien jurídico es el interés jurídicamente protegido, es aquello que la sociedad establece como su fundamento básico para lograr un desarrollo armónico y pacífico (es un valor ideal de carácter inmaterial).» (p. 173)

Definitivamente toda norma tiene un bien jurídico que protege dándole la razón de su existencia; sin embargo este interés protegido está al servicio de los intereses particulares y sociales con fines exclusivamente jurídicos, pues «El bien jurídico expresa un criterio legitimante de limitación del poder de definir conductas criminales por parte del Estado»; es decir que los bienes jurídicos no pueden ser propuestas a rajatabla para fines políticos, religiosos o morales; sino se encuentran de forma natural en el derecho consuetudinario que en base a criterios jurídicos podrán ser plasmados por la normatividad.

El bien jurídico es único en todo sistema jurídico normativo, pero variable según la naturaleza protectora de acuerdo a la materia, tales como el derecho penal, civil, administrativo, entre otros. Pero el que ha desarrollado en amplitud es el derecho penal porque la determinación del bien jurídico protegido es de suma importancia para calificar, en relación a esta, el delito imputado, tal como lo ejemplifica Reátegui Sánchez (2009) de la siguiente forma:

(...), el juez penal intenta encontrar una razón en su fallo – imponiendo una pena – precisamente porque la conducta del sujeto ha afectado (lesión o puesta en peligro concreto) de un bien jurídico – penal – principio de lesividad -. A veces cuando los juzgadores llegan a la conclusión (dentro del proceso) de que tal persona se le

ha encontrado culpable de un delito, es porque, en realidad, ha vulnerado un bien jurídico – penal. No se concibe, actualmente, una sentencia condenatoria si es que no hay un bien jurídico que se haya transgredido, ya sea en forma consumada o tentada. (p. 67)

El tenor cambia cuando se realiza un análisis del bien jurídico de naturaleza civil y esto aún se complica cuando se examina dentro del proceso penal. Pues, se ha desarrollado ampliamente las definiciones de los bienes jurídicos en materia penal que podría entrar en confusiones al tratar de buscar el bien jurídico penal en relación al daño, lesión o menoscabo de la víctima cuando se llega a analizar una situación delictiva, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual de menores de edad, el bien jurídico protegido viene a ser la indemnidad sexual, protegiendo el libre desarrollo sexual del menor en relación de los adultos. Quedando claro para los penalistas el bien jurídico que protege a los menores de edad frente a una agresión sexual; sin embargo, al tratar de analizar la reparación civil a favor de la víctima de la agresión, nos preguntamos si los daños psicofísicos provocados por la violación sexual también pueden ser alcanzados por el bien jurídico que protege las normas penales.

Debemos tomar en consideración que toda acción penal son pretensiones de carácter público, en consecuencia, los bienes jurídicos que protege son también de naturaleza pública; pero los daños ocasionados a la víctima son de carácter privado, consecuentemente no puede ser protegido por el bien jurídico penal, sino por el bien jurídico civil que persigue la reparación de los daños particulares producido por conductas delictivas.

En esa línea de ideas, se debe diferenciar entre los intereses públicos y los intereses particulares para determinar los bienes jurídicos respectivos y de esa forma pretender la acción penal y la acción civil, este último persigue la reparación civil, tal como lo establece Gálvez

Villegas (2001) «(...) existen bienes jurídicos vinculados a un interés particular y otros que tienen que ver con los intereses públicos (...)» (p, 43)

A la víctima lo interesa la reparación civil, que el responsable asuma los gastos acaecidos por la conducta dañosa del sujeto activo del delito, tratar de reparar las lesiones del bien jurídico civil, que por lo general vienen a ser de carácter patrimonial y extrapatrimonial de un particular que podrá accionar mediante el derecho privado. Mientras el interés público es accionado por el representante del Estado que al quebrantarse provoca una sanción como la punitiva.

De acuerdo a estos intereses, ya sea privada o pública, de conformidad a su naturaleza del bien jurídico protegido a nivel normativo, esto al quebrantarse o vulnerarse conlleva a la responsabilidad civil o penal. El primero cuando se haya lesionado el bien jurídico privado que genera a una reparación civil; mientras el segundo cuando el interés público se ha quebrantado o se haya puesto en peligro, trae como consecuencia una sanción punitiva.

A. La Responsabilidad Civil.

Como se ha mencionado en líneas arriba, la víctima tiene un interés particular, reparar el daño causado por la conducta lesiva del agresor, más no tiene un interés público, pues en su condición de víctima no puede efectuar las acciones persecutorias penalmente, dicha función corresponde únicamente al Ministerio Público (ente Estatal). Por tal motivo, la víctima o sujeto pasivo del delito sólo podrán accionar a efectos de pretender la reparación de los daños incoados por el imputado del delito.

Es decir, el sujeto activo del delito tiene dos tipos de responsabilidades; el primero la responsabilidad penal por haber

quebrantado el bien jurídico público y el segundo por haber lesionado un interés del particular (sujeto pasivo del delito), no necesariamente un bien u objeto de valor, sino que este sea de pleno interés del particular que ante su lesión hayan generado daños patrimoniales y/o extrapatrimoniales; que pueden ser exigibles para ser resarcidos mediante una acción privada, tal como bien lo explica Gálvez Villegas (2016): «(...), cuando se ataca o lesiona un bien jurídico particular, surge la pretensión del particular de ver reparado el daño sufrido, siendo esta pretensión la que se satisface mediante la atribución de responsabilidad civil.»(p. 31)

Todo delito de resultado provoca un daño patrimonial y/o extrapatrimonial a la víctima, aunque este haya fallecido, los familiares pueden ser perjudicados por estos daños y también son posibles de ser resarcidos, teniendo la legitimidad para pretender una reparación civil a causa de la conducta delictiva.

B. La Responsabilidad Penal.

La norma penal sustancial protege el interés público, más no el interés particular a efectos de llegar a una convivencia social saludable, usando diversos mecanismos punitivos sancionadores para quien transgrede el bien jurídico protegido, como bien señala Gálvez Villegas (2016): «Esto implica que mediante el control penal y específicamente mediante la pena, el ordenamiento jurídico busca satisfacer un interés social público y no únicamente un interés particular o individual.» (p. 38)

El ordenamiento jurídico recurre al control penal para proteger a los bienes jurídicos públicos que lo otorgan mayor trascendencia que los bienes jurídicos protegidos por responsabilidad civil; en pocas palabras los bienes que la sociedad y la norma lo

consideran de suma importancia para la convivencia social y el desarrollo individual de los miembros del Estado; por tales razones este último utiliza el poder coercitivo para quienes lo transgreden, como dice Jescheck (1981) «En toda norma jurídica – penal subyace juicios de valor positivo sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad que son, por lo tanto merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública. (...)» (p. 10)

Debemos precisar que el derecho penal (derecho público) tratara de determinar la responsabilidad penal del sujeto activo ante la conducta delictiva que se desarrollara dentro del proceso penal; quedando a criterio de la víctima para determinar la responsabilidad civil dentro de un proceso civil (derecho privado) o llevar la pretensión particular dentro del proceso penal; es decir, como señala Jescheck (1981) «La acción penal, a la vez, es totalmente distinta de la acción resarcitoria, orientada a la reparación del daño ocasionado; y solo se podrá ejercitar en la vía penal, a diferenciar de la resarcitoria que podrá ejercitar en la vía extrapenal (excepcionalmente) o en el propio proceso penal.» (p.39)

Pese que el proceso penal pueda llevar la acción penal y la acción civil de forma excepcional, ambas tienen distintos fines, mientras el primero tiene por finalidad que el sujeto activo del delito se le imponga una sanción punitiva porque ha quebrantado un interés público; asimismo el sujeto activo del delito es responsable civilmente, toda vez que ha ocasionado daños de un interés particular, en consecuencia el fin que persigue la acción privada es la reparación, tal como lo explica Gálvez Villegas (2016)

(...), el fin de la responsabilidad penal es sancionar al agente del delito, mediante la imposición de una pena, en satisfacción de un interés público cuya titular es la sociedad y que se materializa con la acción penal en el correspondiente proceso penal. (...) por el contrario la responsabilidad civil persigue únicamente la reparación del daño ocasionado por la conducta infractora, es decir, busca volver las cosas al estado en que se encontraba antes de que se perpetraba el hecho dañoso, (...). (p. 38)

En definitiva, el sujeto activo de un delito puede tener tanto responsabilidad penal como también responsabilidad civil, ambos pueden ser examinados ante un proceso penal; sin embargo, cada acción persigue su propia finalidad, teniendo como suma importancia la diferenciación entre ambos a efectos de una correcta aplicación y llegar a una justa sanción penal y una justa reparación civil.

2.1.5. Responsabilidad Contractual y Extracontractual.

Las necesidades humanas traen como consecuencia las constantes actividades que definitivamente existe relaciones para tratar de satisfacer las necesidades, en ese sentido estos hechos producen situaciones que contengan relevancia jurídica, generando un vínculo que propiamente trae una obligación de dar, hacer y no hacer, es decir acarrea efectos jurídicos.

La doctrina ha reconocido dos fuentes que genera las obligaciones, el primero se realiza por intermedio de los negocios jurídicos, que ante incumplimiento existen daños, mientras el otro, se desprende por hechos jurídicos que causan daño; en ambos casos corresponden la obligación de resarcir.

El primer caso, se trata de la responsabilidad contractual, pues existe el carácter volitivo entre las partes, quedando sujeto a las reglas y

condiciones establecidas por acuerdo común o por la normatividad, garantizando la ejecución de las prestaciones pactadas, en otras palabras la responsabilidad contractual viene a ser, como dice Ojeda Guillén (2011) «El vínculo jurídico que une a las partes contratantes ha emanado del acuerdo de ambas voluntades, de una relación obligacional, por lo que el carácter volitivo de dicha relación hace surgir de manera espontánea, natural, la obligación de reparar el daño causado por la inejecución de las prestaciones a cargo de los contratantes.» (p. 19 - 20)

En ese sentido, al encontrarse ambas partes con un vínculo contractual generara responsabilidad contractual ante el incumplimiento total, parcial, tardío de la obligación derivada del negocio jurídico, pues lesiona un interés contractual causando daño a los intereses patrimoniales.

Por el contrario, en la responsabilidad extracontractual las partes involucradas no necesariamente tienen una relación contractual, en consecuencia no existe un carácter volitivo, pues el hecho que genera la obligación de resarcir deviene por una situación dañosa, más no por el incumplimiento contractual, toda vez que la doctrina se basa en el principio de no causar daño a otras personas, como bien lo señala Ojeda Guillen (2011) «a todas luces evidente que el sustento fundamental de la responsabilidad extracontractual está en la verificación de un hecho dañoso (...). Todo daño es resarcible, aún el no patrimonial, en la medida en que sea resultado de un ataque a un interés que ante el Derecho deba juzgarse digno de protección.» (p. 26)

Una vez explicado la responsabilidad contractual y extracontractual, es evidente que en los hechos ilícitos que causan daño a la víctima por múltiples razones, son catalogadas como responsabilidad extracontractual, en ese sentido se deberá basar en criterios de este

último. Sin embargo, pese que la normatividad civil haya separado tanto como la contractual y la extracontractual, la responsabilidad civil viene a ser como único sistema, podrá variar en algunos matices según las circunstancias; como por ejemplo en razón a la vinculación entre la situación jurídica de contratante - generaría responsabilidad contractual – también en la situación jurídica de responsable por causar un daño – responsabilidad extracontractual.

Los hechos lesivos producidos por una conducta delictiva también generarían una responsabilidad civil, siendo lógico que no se trate de una responsabilidad contractual, sino de una responsabilidad extracontractual, toda vez que no existe un vínculo contractual entre el agente delictivo y la víctima en relación causal del daño; pues si no existe dicha relación no viene a ser una responsabilidad contractual. Por ejemplo, el empleado de una empresa prestigiosa tiene un contrato laboral con el objeto de transportar ciertos paquetes de un lugar a otro. Un cierto día este empleado agrede sexualmente a la hija menor del gerente general de dicha empresa. En esta situación, no se podría hablar de una responsabilidad contractual, porque no hay un vínculo contractual con relación causal del daño, sino viene a ser una responsabilidad extracontractual.

En todo delito de resultado que genera daño a un interés particular se trata de una responsabilidad civil extracontractual, este último no exige la capacidad del agente infractor del daño, pese el sujeto activo de la infracción del daño viene a ser un incapaz como el menor de edad, un ebrio habitual, un trastornado a nivel psicológico, entre otros; siempre tendrán la responsabilidad civil extracontractual, pues no exige la plena capacidad del agente como en definitiva lo exige la responsabilidad contractual, tal como lo señala Gálvez Villegas (2011):

(...), pues mientras que en la contractual el obligado tiene que ser necesariamente una persona con plena capacidad de ejercicio, precisamente porque la capacidad es necesaria para vincularse contractualmente; en la extracontractual no es necesaria dicha capacidad, puesto que no pueden resultar responsables personas incapaces que hubieran causado el daño, exigiéndose únicamente que hubiesen actuado con cierta capacidad de discernimiento, inclusive, por razones de equidad se puede hacer responsable extracontractualmente a personas incapaces sin ningún discernimiento, (...). (p. 72)

Asimismo, en los delitos que provocan daño, el sujeto activo puede resultar un incapaz que posiblemente pueda ser inimputable penalmente, pero eso no significa que será exento de la responsabilidad civil, pues como se ha explicado antes, la acción penal y la acción civil tienen pretensiones distintas cada uno con su propia finalidad.

En ese sentido, el sujeto activo delictivo será responsable civilmente de los daños ocasionados, tratándose de una responsabilidad civil extracontractual, tal como la doctrina del derecho civil lo explica conforme a las reglas del acto jurídico, es decir a partir de los hechos jurídicos se determina que los hechos delictivos que causa una lesión a la víctima se tratan de una responsabilidad civil extracontractual conforme lo prevé la Sección Sexta del Libro VII de nuestro Código Civil.

2.1.6. Hechos Jurídicos.

A. Hechos No Jurídicos y Hechos Jurídicos.

Es todo acontecimiento que se suscita en el mundo objetivo, sin embargo, no todos los hechos tienen relevancia jurídica, es decir una situación acontecida puede generar obligaciones de dar, hacer y no hacer, pues existe hechos que no tienen relevancia

jurídica como la caída de la lluvia, el vuelo de un ave, el llamado de lista en el salón de clases.

Es decir, la variedad de los hechos que acontecen en la realidad, solo una parte son hechos jurídicamente relevantes y otros simplemente vienen a ser hechos que los mundos del derecho no los toman en cuenta, por ende, estos hechos que no tienen relevancia jurídica no crean obligaciones ni mucho menos relación jurídica, puesto que el hecho jurídico está conformado por sujetos, objetos y actos relacionados con un hecho que en definitiva genera una obligación de dar, hacer y no hacer.

En definitiva, Torres Vásquez (2001) señala «se llaman hechos a cualquier acontecimiento natural o humano. Los hechos son o no son jurídicos según que tengan o no consecuencias jurídicas ligadas por el Derecho, consistentes en crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas» (p.25)

En ese sentido, no podemos crear derecho sino existe un hecho que no puede generar una obligación jurídica, pues el hecho es vital para que se desarrolle el derecho, toda vez que todo vínculo jurídico entre las partes es producto de un hecho suscitado que puede encontrarse expreso en las normas a fin de generar efectos jurídicos, tal como bien lo explica Moisset de Espanes (2009):

No es posible concebir el derecho sin el hecho que lo genere, lo modifique, lo transforme o lo extinga. La norma siempre se refiere a él, y si una situación se origina en un hecho posible, no comprobable o improbable, el derecho lo presume, lo tiene por cierto y lo somete a sus reglas para resolver la situación. (p. 1)

Podemos inferir que los hechos jurídicos vienen a ser todo acaecimiento, suceso o evento proveniente de la naturaleza o por la conducta humana donde la norma jurídica genera efectos de naturaleza jurídica.

B. Los Hechos Jurídicos Voluntarios e Involuntarios.

Se debe tomar en cuenta que, para que exista voluntad se debe actuar con discernimiento, que no es otra cosa más que valorar el comportamiento de lo bueno y lo malo, así como también obrar con intención y libertad; pero además de ello, estos elementos internos se deberán materializar o manifestar mediante una acción externa.

Se entiende como hechos jurídicos voluntarios cuando el hombre interviene de forma deliberada, a sabiendas de las consecuencias jurídicas que genera la conducta intencional, pues es el hombre actúa con discernimiento los hechos impartidos y que estas tienen efectos y alcances jurídicos; por el contrario los hechos jurídicos involuntarios son hechos que no interviene la conducta voluntaria del hombre, sin embargo vienen a ser hechos con relevancia jurídica, tal como lo explica el profesor Torres Vásquez (2001):

A los hechos humanos se les denomina actos, y pueden ser voluntarios si han sido realizados con discernimiento, intención y libertad o involuntario cuando falta alguno de estos elementos o todos ellos. Los voluntarios pueden ser lícitos si son conforme con el ordenamiento jurídico (...) o ilícitos si son contrarios al ordenamiento jurídico (...). (p. 28)

De lo referido líneas arriba, el profesor Torres Vásquez agrega que de los hechos jurídicos voluntarios se subdividen en lícitos e ilícitos, mientras la primera se encuentra conforme al

ordenamiento jurídico y la segunda son contrarios a ellos. Por obvias razones solo nos avocaremos a los hechos jurídicos voluntarios ilícitos que originan una responsabilidad civil.

C. Los Hechos Voluntarios Ilícitos.

Esta conducta voluntaria ilícita pasa diversos estados psíquicos de la persona humana, que en derecho lo denominamos elementos subjetivos como es el dolo y la culpa; el primero consiste en la presencia de la conciencia, discernimiento y la intención deliberada para causar un daño a otro que la ley consigna una consecuencia jurídica, mientras la norma penal hablara sobre la sanción penal, la norma civil señalará la obligación de indemnizar; mientras la culpa encierra un hecho imprudente por parte del sujeto activo que causa daños que es indemnizable, tal como bien lo explica el profesor Torres Vásquez (2001) de la siguiente forma:

De otro lado, los actos humanos voluntarios ilícitos pueden ser dolosos si han sido realizados con intención (el homicidio, la inejecución deliberada de las obligaciones contractuales) o culposos cuando han sido realizados por negligencia o imprudencia (un accidente de tránsito que causa daño a una persona, la inejecución de la obligación por negligencia del deudor). (p. 28)

De lo señalado por el autor, se ciñe por una acepción subjetiva, pues el acto voluntario con la que se transgrede el ordenamiento jurídico es ilícito si el sujeto ha actuado con dolo o culpa. Esta acepción es acogida por el Código Civil, tanto en la responsabilidad contractual (Artículo 1321 de la norma sustantiva civil) y de la responsabilidad extracontractual (Artículo 1969 del código sustantivo civil)

Podemos inferir que la conducta delictiva de violación sexual contra menores de edad es un hecho que trae consecuencias jurídicas, en relación al agresor, este tiene pleno conocimiento e intención de efectúa la agresión sexual sometiendo y doblegando a la víctima para satisfacer su apetito sexual; deduciendo que esta conducta es netamente dolosa, trayendo un ilícito penal y un ilícito civil.

En efecto, debemos tomar en cuenta que el hecho jurídico voluntario ilícito genera efectos jurídicos, estos efectos pueden ser simples o complejos, el primero consiste cuando un acontecimiento previsto por la norma genera un efecto jurídico; mientras que el segundo varios ordenamientos jurídicos establecen diversos efectos jurídicos por un solo acontecimiento; este último nos atañe, toda vez que en la figura delictiva de violación sexual contra un menor de edad se llevará ante un proceso penal que involucra una imputación penal y una indemnización civil, deduciendo que un solo hecho jurídico ilícito trae dos efectos jurídicos establecidos en dos normativas, tanto la acción penal y la acción civil.

El efecto civil en la conducta ilícita voluntaria de la agresión sexual viene a ser la indemnización por responsabilidad extracontractual, toda vez que esta figura ilícita realizada por el sujeto activo tiene como elemento subjetivo el dolo, que necesariamente haya actuado con plena voluntad que integra el discernimiento, la intención, la libertad y para luego manifestar la voluntad de agredir sexualmente a la víctima menor de edad, tal como lo refiere De Cossio (1997): «el hombre que voluntariamente causa un evento, responde por los daños y perjuicios que deben derivarse de su conducta (...)» (p. 295); deduciendo, que esta conducta delictiva es netamente dolosa al querer realizar con intención el daño, conociendo las

circunstancias de hecho y la relación de causalidad existente entre el acto de la agresión sexual y el daño generado a la víctima, trayendo dos efectos jurídicos, uno la sanción penal y la otra la reparación civil por responsabilidad extracontractual.

D. Los Hechos Jurídicos Voluntarios Ilícitos y la Responsabilidad Civil Extracontractual.

Uno de los cuestionamientos más relevantes en materia de responsabilidad del imputado en los hechos delictivos es relativo a la naturaleza de la responsabilidad: ¿responsabilidad contractual o extracontractual?

Somos de la idea que todos los delitos que generan daños e incluyendo los delitos de violación sexual contra menores de edad es un hecho jurídico ilícito que trae como efecto jurídico la persecución penal y la reparación civil, este último es característico a la responsabilidad civil extracontractual, toda vez que la obligación generada por un vínculo entre el daño producido y el acto ilícito que la produjo, sin tener vínculo contractual, sino por el hecho o acontecimiento realizado de manera voluntaria por el sujeto activo en agredir sexualmente a la víctima menor de edad, siendo esta un acto ilícito por contravenir la norma jurídica penal y esta genera a su vez diversos daños a la víctima produciéndose la responsabilidad civil del agresor a efectos de resarcir el daño. Esta estructura encierra elementos para determinar la responsabilidad civil extracontractual, especifica Taboada Córdova (2003): «la antijurídica o ilicitud, la conducta del sujeto de derecho, el daño causado, la relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño causado, la imputación y los factores de atribución» (p.26)

Una vez concurrido estos elementos, se podrá decir que existe responsabilidad extracontractual, en consecuencia hay una obligación de indemnizar por parte del autor que ha infringido la norma penal, advirtiendo la notable diferencia entre la responsabilidad civil contractual, pues en esta estructura no existe el elemento de la antijuricidad, toda vez que no devienen de un hecho ilícito, sino lícito en relación a un negocio jurídico celebrada de manera voluntaria entre las partes, cosa que no sucede en la responsabilidad extracontractual derivada del delito que el actor comete un hecho ilícito imponiendo su voluntad contra la víctima.

La responsabilidad civil derivada por un ilícito penal de naturaleza extracontractual se evalúa desde un nivel subjetivo de contenido doloso o culposo que provoca la lesividad del bien jurídico civil, aplicando criterios de imputación objetiva para determinar la responsabilidad civil. En consecuencia, resulta necesario efectuar la estructura de los hechos jurídicos para entender la ubicación y alcance que tiene los delitos, tal como se explica en el siguiente gráfico realizado por el profesor Aníbal Torres, (2001) en su libro titulado: Acto jurídico, que es de vital importancia a efectos de comprender la presente investigación, pues se ha agregado en los hechos jurídicos humanos de carácter voluntario e ilícito la violación sexual contra los menores de edad del siguiente modo:

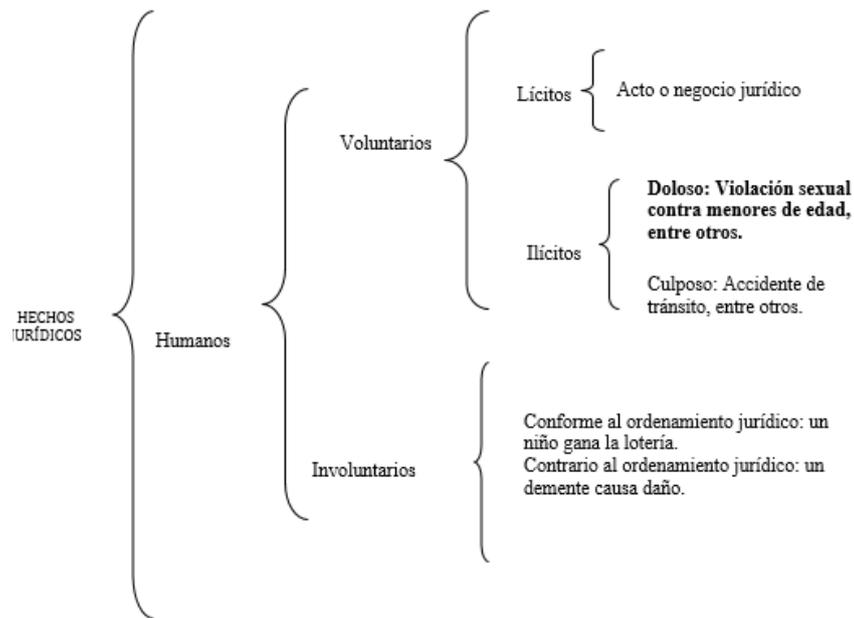


Figura 1. Cuadro sinóptico
Torres Vásquez, Aníbal, 2001.

2.1.7. Responsabilidad Civil Extracontractual Proveniente del Delito

Todo hecho o situación que genera daño a terceras personas será de relevancia jurídica, generando en ese momento un interés para obrar para poder ejercitar una acción, la cual a su vez, activa la tutela jurídica quien proporcionan mecanismos legales para el resarcimiento del daño, pues la norma como herramienta jurídica tiene uno de sus principales fines que es de resolver un conflicto de intereses a efectos de lograr la paz social en justicia como lo advierte el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

En esa línea de ideas, los hechos delictivos que generan daño a la víctima también se encuentra inmersos a ser resarcidos, toda vez que las normas legales no hace distinción alguna para poder accionar a efectos de pretender que el victimario pueda resarcir los daños ocasionados por la situación delictiva surgida, pues existe una responsabilidad extracontractual susceptible a ser indemnizado por la pérdida patrimonial o un daño extrapatrimonial que sufre la víctima del delito, así lo explica Orrego Acuña (2014).

A su vez, en el ámbito extracontractual, la indemnización de perjuicios consiste en el derecho que tiene la víctima para exigir al victimario o a quien sea civilmente responsable por los hechos de tal victimario, una cantidad de dinero equivalente al daño patrimonial y moral experimentado a consecuencia de la comisión de un delito o cuasidelito. (p. 4).

Es decir, la conducta delictiva efectuada por el sujeto activo requiere una acción u omisión, que, realizando un análisis de causalidad, dicha conducta genera daño, menoscabo, detrimento u pérdida de un bien jurídico particular quien afecta sus intereses patrimoniales o extrapatrimoniales, teniendo la necesidad de ser indemnizado.

Quedando claro que los hechos delictivos ocasionan una responsabilidad civil, que deberán ser analizados bajo la óptica del derecho civil utilizando criterios y elementos de dicha disciplina, sin perderse a la esfera penal, pues este último sólo persigue la responsabilidad penal; sin embargo ambas disciplinas del derecho podrán coincidir en algunos aspectos como los elementos subjetivos del dolo y la culpa, los sujetos procesales, el daño, entre otras cosas, debiendo ser analizados conforme a la pretensión que se persigue.

En efecto, la conducta del sujeto activo puede ser culpable o dolosa que genera una acción u omisión que a la vez ha ocasionado daños patrimoniales o no patrimoniales sufrido por la víctima que debe ser reparada, toda vez que este hecho delictivo genera una relación obligacional entre la víctima y el victimario, teniendo ambos legitimidad para obrar en un proceso donde se discute el efecto de la obligación como la indemnización, la reparación y el resarcimiento cubiertas por el obligado a favor de la víctima.

Por otro lado, en la responsabilidad civil extracontractual generada del delito, cuya situación entran a tallar dos disciplinas del derecho, penal y civil; en ese sentido se deberá precisar que esta primera disciplina tendrá que efectuar un análisis en torno al bien jurídico protegido penal, mientras en derecho civil sólo examinará el daño privado que consiste en todo menoscabo que sufre la víctima, ya sea en su persona o en su patrimonio.

Sin embargo, no todos los hechos delictivos generan daños, pues existe responsabilidad penal que sin ocasionar daños son actos ilícitos como la tentativa acabada; en consecuencia, no existirá responsabilidad civil extracontractual. Asimismo, no todos que los hechos que generan daños son delitos, como las causas de justificación, siendo analizables la responsabilidad civil.

2.1.8. La Responsabilidad Civil como un Sistema Único sin Importar en que Proceso se Desarrolla.

Al tratar de buscar posibles diferencias entre la reparación civil seguida en el proceso civil y la reparación seguida en el proceso penal, mientras el primero existe una connotación de ilícito civil que provoca daño al bien jurídico civil (privado), y el segundo existe un delito penal de por medio que provoca un menoscabo al bien jurídico penal (protección al interés público), así como también existe la posibilidad de una daño al bien jurídico privado que no necesariamente es protegido por las normas penales, sino también por otras derechos de carácter privado, como el derecho civil.

Sin embargo, el instituto jurídico de la reparación civil es único, quizás variando algunos elementos de acuerdo a cada disciplina del derecho que se desarrolla, pero al final de cuentas su aspecto fundamental es indemnizar los daños ocasionados, no importando en que proceso se encuentre, siempre la pretensión será de contenido privado resarciendo los daños sufridos por el hecho que la genero.

En efecto, la responsabilidad civil es única, no se diferencia por desarrollarse en un proceso penal, civil o laboral, podrán existir algunos contrastes de matiz de acuerdo a las disciplinas que se efectúan, pero esto no es un impedimento para que el instituto jurídico de la responsabilidad civil en el sistema jurídico sea una sola; que se lleve en distintos procesos no es otra cosa más que respetar el principio de economía procesal a favor de la agraviada, ya que se desarrolle en un proceso penal o civil, en ambos procesos la responsabilidad civil se basará en los elementos para determinar dicha responsabilidad, buscando el quantum indemnizatorio, teniendo doble tarea el juez penal en llegar con la imputación penal y el acto indemnizatorio, existiendo solo una acumulación de pretensiones de carácter público y privado, respectivamente. Así lo señala el acuerdo plenario Nro. 05 – 2011 que a la letra dice:

Con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aun cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el quantum indemnizatorio –acumulación heterogénea de acciones-, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal. (p. 8)

A nuestra opinión es necesario que en el proceso penal exista la acumulación de pretensiones de contenido penal y resarcitorio; hay que recordar, no en todos los delitos los agraviados se dirigirán a la vía civil para pretender la reparación del daño, pues en los delitos de violación de la libertad sexual contra los menores de edad no accederán a la vía civil por un tema de pudor y vergüenza, más aún cuando en el proceso civil no ofrece garantías para llevarse una audiencia con completa privacidad, agregando que no solamente se trata de respetar el principio de celeridad y economía procesal, sino

también la tutela judicial efectiva hacia la víctima de violación sexual que no entrará a la vía judicial civil por los temas ya expuestos.

Nuestro Código Penal hace referencia en el artículo 93º sobre la reparación civil que comprende la restitución del bien y si no es posible el pago de su valor, así como la indemnización por los daños y perjuicios, estableciendo de esa forma el objeto civil en el proceso penal que viene a ser la reparación del daño ocasionado por una conducta antijurídica que contraviene las normas penales y civiles, pero existiendo diferencias entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, tal como el acuerdo plenario lo establece:

La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93º del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil.
(p. 10)

Es decir, hay elementos diferenciadores entre un análisis penal y un análisis civil, cada uno persigue la pretensión de acuerdo a su finalidad de cada disciplina del derecho, pero si ambas se desarrollan en un proceso penal, es por el simple hecho de seguir con el principio de celeridad y economía procesal, así como también salvaguardar el pudor de la víctima de violación sexual en el proceso penal, resaltando que la reparación civil será único sistema jurídico sustancial para lograr el resarcimiento del daño, pues este instituto jurídico junto a sus elementos siempre pretenderá la reparación sin importar en que proceso se desarrolla, hablar lo contrario es aceptar

que existe diversos tipos de reparación civil según el proceso que se inserta.

2.1.9. La Función de la Reparación Civil.

A lo largo de la historia, los operadores jurídicos han atribuido diferentes funciones de la reparación civil dentro del proceso penal, pues la ligazón entre este último y la reparación civil de manera equivocada se ha aplicado como una función punitiva, toda vez que ambas funciones eran dilucidados dentro del proceso penal, provocando una serie de confusiones entre la función que cada uno persigue.

Esto ha traído graves consecuencias, toda vez que los operadores jurídicos han equiparado de manera equivocada entre la acción penal y la acción civil llevados dentro del proceso penal como dos acciones que persigue la misma función penal, tales como la función punitiva y la función preventiva, propio del derecho penal, más no del derecho civil.

Por esa razón de manera errada se piensa que la pretensión civil dentro del proceso penal tiene una función punitiva y una función preventiva. La primera, consiste en observar a la reparación civil como una sanción, provocado por la infracción de las normas penales y ha consecuencia de esto ha resultado un daño, conllevado que la reparación sea fijada en base de criterios penales como la gravedad de la conducta delictiva, cuando menos gravosa sea la conducta delictiva menor será la sanción indemnizatoria, sin importar el costo económico que ha provocado para la reparación del daño, tal como bien lo señala Gálvez Villegas (2016): «(...) 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 (...)» (p. 62).

Asimismo, se ha visto de manera equivocada a la acción civil llevado dentro del proceso penal como una función preventiva que busca prevenir acciones antisociales o disvaliosas, es decir trata de inhibir al agente de incurrir conductas delictivas y dañosas; propias de la función del derecho penal que ha contaminado a la función propia de la pretensión civil por llevarse dentro del proceso penal.

Para nosotros y la gran parte de la doctrina, la reparación civil llevada fuera o dentro del proceso penal, siempre tendrá la función reparadora; en ese sentido los hechos delictivos que causan daños patrimoniales o extrapatrimoniales son pasibles de ser resarcidos, restituidos y reparados a efectos de brindar a la víctima la satisfacción de reparar el menoscabo producido por la conducta delictiva, sin importar si el hecho alcanza como gravoso bajo la perspectiva del derecho penal.

2.1.10. Responsabilidad Civil y Derecho de Daños.

En el derecho penal lo que se evalúa en un hecho delictivo viene a ser la conducta del agente, utilizando la teoría del delito para dirimir a que grado la tipicidad subjetiva, la tipicidad objetiva, la posible existencia de una conducta justificante o el estado de necesidad del sujeto activo, entre otros, para poder examinar la responsabilidad penal en relación de la conducta del agente. Por el contrario, la reparación civil que persigue la víctima mediante la responsabilidad civil, este mecanismo permite analizar no la conducta del sujeto activo, sino se centra en el resultado lesivo provocado por la conducta delictiva, tal como bien lo explica Zelaya Etchegaray (1995):

En el derecho de daños ha quedado debidamente esclarecido que la finalidad de la responsabilidad civil no es sancionar al autor del daño (para ello está la responsabilidad penal y la administrativa, en su caso), sino lograr la responsabilidad del mismo; es decir, se ha optado

por poner énfasis en el resultado de la conducta más que en la propia conducta. Se ha pasado entonces, de la concepción de la responsabilidad a la concepción de la reparación. (p. 132)

Como se dijo anteriormente, ambas disciplinas del derecho son totalmente autónomas, cada uno utiliza criterios de acuerdo a la función que realiza para perseguir su propia finalidad. En el derecho penal persigue la responsabilidad penal contra el agente que ha infringido las normas penales en base a la conducta, más no en el resultado, pues se examina la reprochabilidad o la culpabilidad del agente delictivo a efectos de sancionar punitivamente; a diferencia de la responsabilidad civil que realiza un análisis a raíz del resultado dañoso ocasionado, sin importar la conducta del sujeto activo o la situación procesal que haya sido declarado por el despacho judicial como la absolución o la condena, es decir como señala Gálvez Villegas (2016): «(...), se ha optado por poner énfasis en el efecto o resultado de la conducta más que en la propia conducta. Se busca la reparación del año independientemente de la reprochabilidad o culpabilidad del agente del mismo». (p- 49)

Por otro lado, ha quedado claro que, al lesionar un bien jurídico público de carácter penal, el Ministerio Público en representación del Estado persigue la acción penal a fin de que el infractor penal reciba una sanción punitiva de acuerdo a la conducta reprochable o culpable. Pero el agente delictivo aparte de haber lesionado el bien jurídico público también ha provocado un daño privado (la víctima) como efecto de la conducta ilícita y ese menoscabo del bien jurídico particular viene a ser susceptible a ser reparado, cuya función persigue la responsabilidad civil al accionar la víctima; es decir como señala Gálvez Villegas (2016): «(...), cuando se afecta o lesiona un bien jurídico particular, surge la pretensión del particular de ver reparado el daño sufrido, siendo esta pretensión la que se va a satisfacer mediante la responsabilidad civil.» (p. 51)

Cuando hablamos del delito específico de violación de la libertad sexual contra menores de edad, el Ministerio Público examinará la responsabilidad penal a raíz de la conducta que ha quebrantado el bien jurídico la indemnidad sexual y el libre desarrollo sexual del menor en relación de los adultos; mientras la víctima en representación de los tutores pueden pretender la reparación del daño causado; sin embargo muchas veces el daño vienen a ser extrapatrimoniales, como el daño a la persona, daño moral, daño al proyecto de vida, entre otros. En consecuencia, consideramos que es de suma importancia analizar la responsabilidad civil, dentro del proceso penal, en base a las reglas del derecho civil ante la lesión de un bien jurídico privado, tratando de evitar que el derecho penal contamine utilizando criterios propios que contiene una función punitiva y preventiva, trayendo como efecto la reparación irrisoria a favor de la víctima.

2.1.11. Sistemas para Ejercitar la Acción Civil por Acontecimientos Ilícitos.

A. Primer Sistema.

Cuando se suscita un hecho ilícito que origina un daño, este sistema trata con completa autonomía separada entre el derecho penal y el derecho civil, pues la acción penal se llevará en un proceso penal tratando de determinar la imputación penal, pero evitando pronunciarse sobre la reparación civil, toda vez que esta última pretensión se llevará a cabo en la vía civil.

B. Segundo Sistema.

Nuestra legislación ha optado por este sistema, pues en el artículo 99° del Código Penal establece que la pretensión civil reparadora podrá ejercitarse ante el proceso penal o civil, pero una vez optada una de ellas no podrá deducirse en la otra vía; es decir este sistema es alternativo, puesto que la pretensión

resarcitoria puede llevarse en un proceso penal o en un proceso civil, dejando a la elección del agraviado; pero al elegirse a la vía civil no podrá constituirse como actor civil en el proceso penal, ni viceversa.

C. Tercer Sistema.

En este sistema no viene a ser alternativo, puesto que los hechos delictivos que causan daño necesariamente la pretensión resarcitoria se desarrollará en el proceso penal, salvo excepciones que la misma norma dispone de manera expresan que hechos delictivos pueden pasar a la vía civil, concluyendo que se trata de un sistema cerrado.

2.1.12. Acción Civil y Acción Penal.

Queda claro que el instituto jurídico de la reparación civil es único sistema sin importar en que proceso se desarrolla, quizás pueda variar algunos matices, pero eso no impide su objeto de resarcir el daño con criterios netamente civiles para proteger los derechos e interés privados de la persona perjudicada por el delito de violación contra la libertad sexual. Estos tipos de acontecimientos ilícitos se llevará dentro de un proceso penal, sin embargo, existirá acumulación de pretensiones, tanto punitivas como reparadoras, estas pretensiones se reflejan por distintas acciones, sin embargo, debemos distinguir si la acción civil dentro del proceso penal viene a ser una pretensión principal, quizás, por el contrario es una pretensión accesoria o subordinada.

La acción civil se encuentra acumulada en el proceso penal, claro que la pretensión civil actuará como un sistema único pero con ciertos matices, pues ambas acciones son autónomas dentro del proceso penal, en ese sentido, la falta de responsabilidad penal no deberá traer como consecuencia la falta de pronunciamiento de la responsabilidad civil, en caso que exista el daño, tal como el artículo

12º inciso 3º del Código Procesal Penal establece que ante una sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil, infiriéndose que se trata de una pretensión principal y autónoma de la persecución penal.

En efecto, la autonomía de acciones es evidente, se desprende en la relación jurídica entre ambas acciones, mientras la acción penal la relación es entre el Estado y el imputado (derecho público), a diferencia de la acción civil que la relación implica entre el imputado y la víctima (derecho privado), esta última acción no puede ser accesoria ni subordinada a la pretensión punitiva de la acción penal, puesto que la relaciones jurídicas son diferentes y más aún cuando ambas disciplinas tienen distintas pretensiones analizadas de diferentes ópticas de acuerdo a sus elementos y estructuras desarrolladas de manera distinta.

2.1.13. El Hecho Jurídico Ilícito de Violación Sexual Contra Menores de Edad como Responsabilidad Civil Extracontractual.

En el acontecimiento ilícito de violación contra la libertad sexual en agravio de una menor de edad, produce una obligación de resarcimiento frente a la agraviada, es objeto de la responsabilidad civil derivado del delito que causa un grave daño a la víctima, tratándose de una responsabilidad civil extracontractual derivada del delito, tal como lo explica Gálvez Villegas (2012):

Dentro de estas fuentes de obligaciones está la responsabilidad extracontractual, donde a su vez, se encuentra la obligación resarcitoria nacida del delito. El deudor, agente del delito (en nuestro caso), sus partícipes y eventualmente el tercero civil, resultan ser deudores del agraviado por un monto equivalente al total del daño causado. (p. 135).

De lo citado, se desprende que los hechos ilícitos que generan daño a terceras personas existen una obligación de resarcir por parte del agente delictivo, que en doctrina lo denomina responsabilidad civil extracontractual derivada por un delito. Este sujeto activo del delito tiene la obligación de reparar el daño causado del bien jurídico particular mediante una suma equivalente al total del menoscabo sufrido.

Por esa razón, la responsabilidad civil se centra sólo y exclusivamente en el daño causado por el delito. En el delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, la víctima tiene daños psicofísicos. Como también agrega Campoverde Sánchez (2015): «traumas que provoca la sensación de indefensión y vulnerabilidad, generando la pérdida de confianza a los demás provocando ira o vergüenza, sufriendo alteraciones psíquicas con trastorno de estrés postraumático» (p. 101). Así mismo, como si no fuera poco, la agresión sexual limita a la víctima de forma física y psicológicamente; provocando que se desvanezca o sea forzado a tomar otros rumbos; existiendo daños al proyecto de vida, daño a la persona, daño moral, entre otros; que deberán ser resarcidos de manera razonable.

2.1.14. Introducción de la Pretensión Civil en el Proceso Penal de Violación Sexual contra una menor de Edad.

El Nuevo Código Procesal Penal establece la constitución del actor civil que generalmente se trata de la agraviada por el hecho delictivo, además establece que si la víctima no se presenta como actor civil el Ministerio Público en pleno uso de sus facultades podrá pretender la reparación civil a favor de la agraviada. En tal virtud, la participación del Ministerio Público será reemplazada cuando se apersona como actor civil la agraviada o se guarda el derecho de plantear su pretensión en la vía civil, el Ministerio Público dejará la pretensión civil avocándose solamente a la persecución penal, como bien lo afirma Gálvez Villegas (2012):

Finalmente, debe quedar claro que, subsidiariamente, en el caso de que el agraviado no se constituya en parte civil (demandando la obligación resarcitoria), puede ejercitar dicha pretensión el Ministerio Público, con todas las facultades y prerrogativas propias del actor civil; pero si en cualquier momento el agraviado se presenta al proceso y se reserva la vía civil, transa o se constituye en actor civil, cesa la legitimidad del Ministerio Público. (p. 144)

Así mismo, el artículo 11º numeral 1º del Código Procesal Penal (2016) que establece: «El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. Si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso» (p. 435)

Sin embargo, debemos tomar en cuenta que en los delitos contra la libertad sexual en agravio de una menor de edad, difícilmente sus representantes o tutores acudirán a la vía civil por un tema económico, pudor y vergüenza por parte de la agraviada que ha sido sometida a una agresión sexual; cómo se puede apreciar es una figura muy distinta a los demás delitos, por ello se concluye que estos tipos de delitos la víctima siempre se acomodará al proceso penal para perseguir la pretensión resarcitoria, por ende es necesario que el proceso penal reconozca a los elementos de la responsabilidad civil para determinar el quantum indemnizatorio, sin seguir a unos elementos ajenos a este instituto jurídico preparatorio, de lo contrario no existiría una tutela judicial efectiva.

Como se advierte, nuestra legislación ha optado el sistema procesal penal, la posibilidad de acumular pretensiones de naturaleza penal como también la pretensión resarcitoria, este último la agraviada de la agresión sexual puede constituirse en el proceso penal como actor

civil, pues ha sufrido daños patrimoniales como extrapatrimoniales producidos por la comisión del delito de violación sexual; en concordancia del artículo 98º del Código Procesal Penal (2016) que establece: «la acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercida por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito.» (p. 454)

En esa línea de ideas, la pretensión reparatoria podrá ser ejercida por quien resulte perjudicada por el delito, el sistema procesal penal a instaurado el instituto procesal de la constitución de actor civil a fin de que las agraviadas puedan accionar a efectos de solicitar la reparación del daño dentro de un proceso penal siguiendo los requisitos instaurados en el artículo 100º del Código Procesal Penal (2016) que establece:

Requisitos para constituirse en actor civil: 1) La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria; 2) Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad: a) La generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con los generales de Ley de su representación legal; b) La indicación del nombre del imputado y, en su caso, del tercero civilmente responsable, contra quien se va proceder; c) El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y, d) La prueba documental que acredita su derecho, conforme al artículo 98º. (p. 454)

En ese sentido, para que la agraviada menor de edad, debidamente representada por sus padres o tutores, se constituyan en actor civil deberán solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria mediante un escrito que detalla los datos de la víctima y sus representantes, así como sindicar el nombre de agresor sexual contra quien va dirigida la

obligación de resarcir el daño, señalar los fundamentos de hecho y de derecho que justifica la pretensión reparatoria consignando el monto dinerario que cubre por cada concepto del daño emergente, lucro cesante, entre otros, y lo más importante es probar de manera documental los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que tuvo que pasar o pasará la agraviada para su tratamiento.

Una vez solicitada la constitución de actor civil, ya sea por el fiscal o por la misma agraviada conjuntamente con sus representantes, el Juez de Investigación Preparatoria resolverá la constitución dentro del tercer día, sin antes de correr traslado a la parte imputada a quien va dirigida la acción civil resarcitoria, posteriormente se programará la audiencia de constitución civil, de conformidad a lo establecido por el artículo 8º y 102º del Código Procesal Penal, tal como lo aclara el VII Pleno Jurisdiccional Penal en el punto diecinueve que señala lo siguiente:

Resulta entonces que el trámite de la constitución en actor civil tendría que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecido en el artículo 1.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijado en el artículo 102.1 de la Ley Procesal Penal se refiere al paso de expedición de la resolución correspondiente –que en el caso del artículo 8º es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo-, pero ésta debe proferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia. (p. 6)

En efecto, la solicitud de constitución de actor civil por parte de la agraviada conjuntamente con sus representantes se realiza por escrito conforme a los requisitos exigidos, el Juez de la Investigación Preparatoria correrá traslado al procesado y programará una

audiencia de constitución de actor civil, la misma que la parte agraviada, en su defecto el fiscal deberá fundamentar la pretensión reparatoria y el imputado refutará o aceptará los cargos formulados de la acción civil, tal como bien lo explica Gálvez Villegas (2012):

En la práctica procesal actual, el titular de la pretensión resarcitoria se ejerce ante el Juez de Investigación Preparatoria, quien corre traslado a la parte imputada y señala fecha para una audiencia, en la que participan ambos sujetos procesales, así como el Ministerio Público. En dicha audiencia, la parte demandante sustenta su pretensión, pudiendo la contraparte oponerse a la misma. Finalmente, corresponde a los jueces resolver la admisión o rechazo del pedido de constitución en actor civil. (p. 143)

Como es de advertirse, en la audiencia de constitución de actor civil no se discute la responsabilidad penal, sino la responsabilidad civil, debiendo manejar los elementos y criterios para determinar la pretensión resarcitoria, pues como se ha mencionado la posibilidad de la acumulación de pretensiones en el proceso penal, en ese sentido, la acción civil se conforma la relación procesal entre el imputado y la agraviada menor de edad, quien este último persigue la reparación de daño, convirtiéndose en demandante perseguirá su interés privado de ser reparado y/o indemnizado efectuando un análisis de acuerdo a los elementos para determinar la responsabilidad civil, pero tendrá que regirse a dentro de la norma procesal penal, tal como lo establece Gálvez Villegas (2012):

Fundamentalmente, la acción resarcitoria la ejerce el agraviado o la víctima del delito. Al hacerlo se constituye como actor civil dentro del proceso penal. En tal sentido, adquiere la calidad de “demandante” de la pretensión resarcitoria. Claro está que, dentro de este proceso, el “demandante” tendrá que sujetarse a las normas del proceso penal,

pero de manera supletoria se regirá por las normas del proceso civil.
(p. 142)

La responsabilidad civil al desarrollarse en el proceso penal deberá regirse en ella, en tal sentido, al constituirse en actor civil la agraviada y después de haber llevado la audiencia respectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará mediante un auto judicial la constitución del actor civil, sin pronunciarse sobre el quantum reparatorio, pues dicho pronunciamiento se efectuará al final del proceso penal juntamente con la sentencia de conformidad con el artículo 92º del Código Penal, sin embargo dicha sentencia que se pronunciara respecto a la responsabilidad penal y la responsabilidad civil será elaborada por el Juez de Juzgamiento, quien no ha escuchado oralmente a las partes procesales, toda vez que no se encontraba en la audiencia de constitución de actor civil, pues esta audiencia fue realizada por el Juez de Investigación preparatoria. En ese sentido, para no vulnerar la tutela judicial efectiva a la agraviada el Juez de Juzgamiento deberá programar una audiencia complementaria para poder fijar el monto de la reparación civil de manera proporcional al daño causado.

Criterio de valoración de los ingresos económicos del sentenciado para el pago de la reparación civil.

En la praxis judicial se ha podido apreciar que los juzgadores al imponer una pena condenaría también impone una reparación civil irrisorio, toda vez que existe un tipo de valoración en el hecho que el condenado se interna en el centro penitenciario reduciendo sus ingresos económicos como bien lo advierte el doctor Claus Roxin (1999) de la siguiente manera: «(...)», sino que el proceso penal impedía, también casi siempre, que el perjudicado pudiera obtener alguna vez su indemnización. Pues si el autor está encerrado en un establecimiento penitenciario no puede ganar dinero ni tampoco, por

consiguiente, y en la mayoría de los casos, indemnizar a la víctima.»
(p. 8)

En efecto, en el extremo que el sentenciado se encuentre purgando una pena privativa de libertad dentro de un establecimiento penitenciario, este no puede obtener ingresos económicos como si lo pudiera tener en libertad, motivo por la cual, los juzgadores valoran este hecho consignando una reparación civil irrisorio, en pocas palabras el juzgador otorga una reparación al alcance de la posibilidad del sentenciado para que este pueda pagar, incrementando las posibilidades de pago; sin embargo esta valoración subjetiva debe descartarse para determinar la cuantía de dicha reparación.

La cuantía de la reparación civil no debe valorarse en base a los ingresos económicos del condenado, sino en base a los presupuesto establecidos en el Código Civil, siendo una valoración más objetiva, pues consignar una reparación civil irrisorio para tener más posibilidades de pago es una forma errada de pensar, puesto que los juzgadores al aplicar el criterio de la relación causa y efecto, es decir, una suma irrisoria tiene como efecto el cumplimiento del pago, adelantándose que la ejecución sea más sencilla. Esta premisa solo tiene como única perjudicada, la víctima.

Consignar la cuantía de la reparación civil en base a la valoración de los ingresos económicos del condenado trae como consecuencia una reparación con suma irrisoria, en consecuencia, se deberá solo valorar los criterios establecidos en el Código Civil, tales como la antijuricidad, relación causal, daño y factor de atribución; sin importar la cuantía que se obtenga, siempre en cuando haya obtenido en base a la operación del presupuesto del Código Civil.

La ejecución de la suma obtenida en base a los criterios fijados por la norma civil se realizará mediante mecanismos procesales, tales como

medidas cautelares para garantizar la ejecución de la sentencia, de esa forma se asegurará la tutela judicial efectiva a favor de la víctima.

2.1.15. Criterios de Imputación de Responsabilidad Civil Extracontractual Derivada del Delito de Violación Sexual Contra Menores de Edad.

En la praxis judicial, la mayoría de los casos, los jueces de juzgamiento al momento de emitir la sentencia solo se limitan en motivar sobre la responsabilidad penal, más no llegan a motivar o mediante una motivación aparente se basa el monto indemnizatorio, sin hacer un análisis exhaustivo sobre los criterios y los elementos para determinar la responsabilidad civil.

Así mismo, los fiscales al momento de pretender la reparación civil a favor de la víctima emiten requerimientos y hasta en la misma acusación no logran fundamentar conforme a los elementos que exige el instituto jurídico de la reparación civil. Tal parece, que tanto como los jueces y los fiscales solo están interesados en la responsabilidad penal, sin importar la pretensión privada de la víctima a quien se desampara al consignar montos irrisorios por concepto de la reparación civil, sin tener la adecuada proporcionalidad de los daños efectuados por la comisión del delito, de esa forma se quebranta la tutela judicial efectiva.

En esa línea, el maestro Taboada Córdova (2003) señala los requisitos para determinar la responsabilidad civil extracontractual que viene a ser: «la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución» (p. 32). Estos elementos se analizarán en relación al hecho ilícito de violación contra la libertad sexual en agravio de una menor de edad que a continuación paso a detallar.

A. La Antijuricidad para Determinar la Responsabilidad Civil como Consecuencia del Delito de Violación Sexual contra Las Menores de Edad.

La antijuricidad consiste toda conducta que quebranta las normas reguladas expresamente, así como también las que contravienen las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres que no necesariamente se encuentran reguladas en la norma, tal como lo advierte el profesor Taboada Cordova (2003): «Sólo nace la obligación legal de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento o conducta que no es amparada por el Derecho, por contravenir una norma imperativa, los principios que forman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres» (p. 40)

Para la jueza León Velásquez (2012) la antijuricidad es: «El hecho causante del daño está constituido por la conducta desplegada por el agente, el cual al realizarse por medio de acción u omisión, afecta el bien jurídico protegido ocasionándole un detrimento (...)» (p. 124)

Para determinar la responsabilidad civil deberá de existir una conducta que quebrante la norma o las buenas costumbres que no precisamente se encuentre de manera expresa en las normas, pues como Taboada Córdova (2003) dice:«(...) solo nace la obligación legal de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento o conducta que no es amparada por el Derecho, por contravenir una norma imperativa, los principios que conforman el orden público o las reglas de la convivencia social que constituyen las buenas costumbres» (p. 40)

Es evidente, que todos los delitos que están expresamente en la norma penal, incluyendo la violación sexual, el sujeto activo realiza una conducta típica que contraviene la norma, así como también las buenas costumbres, tal como lo señala Ripoll Montijano (2013): «Finalmente, el delito constituye una voluntad particular que con plena violencia se dirige contra la voluntad general y la particular de otro individuo, y es el auténtico ilícito (...)». (p. 1518)

Este presupuesto de la antijuridicidad puede existir diversas equivocaciones cuando la responsabilidad civil se desarrolla en un proceso penal, toda vez que el derecho penal a efectos de aplicar la teoría del delito evalúa también la antijuricidad desde un punto de vista penal.

Para determinar la existencia del delito o la negación de esta, se deberá evaluar los presupuestos que señala la teoría del delito y curiosamente existe la antijuridicidad, el mismo término del presupuesto que examina la responsabilidad civil, como bien explica Reátegui Sánchez (2009):

(...) comprende una teoría de afirmación que servirá para demostrar la existencia de delito y la responsabilidad de su autor; tradicional y ahora moderadamente el delito se estructura en base a tres categorías para configurar su existencia: tipicidad, atinjuricidad y culpabilidad; y una teoría de negación de la teoría del delito que nos permitirá descartar la existencia del delito. (p. 154)

Esta segunda categoría que manifiesta la teoría del delito, Reátegui Sánchez (2009) dice: «(...) la antijuridicidad, entendido no solo como un orden de prohibiciones sino también de preceptos permisivos. La tarea de examinar la antijuridicidad solo

tiene razón si ha quedado establecida la tipicidad de la conducta.» (p. 154). Es decir, para que exista la antijuricidad desde el punto de vista penal, primero la conducta prohibida deberá encontrarse en la norma de manera expresa, de lo contrario no habría la antijuricidad.

Este presupuesto de la antijuricidad penal no puede aplicarse de igual forma para determinar la reparación civil, pues son distintos la antijuricidad para establecer la responsabilidad penal y para establecer la responsabilidad civil; mientras el primero necesita que la norma prohibitiva sea señalada de manera expresa en la norma penal con un carácter típico, la antijuricidad civil busca una norma prohibitiva genérica prevista en el ordenamiento jurídico, no siendo necesario la tipicidad expresa de la conducta que causa daño, pues pensar de esa forma Taboada Córdova (2003) dice: «estaríamos limitándonos en aplicar únicamente a los casos de conductas prohibidas o no permitidas expresa o tácitamente por las normas jurídicas» (p. 48)

Pensar que la antijuricidad penal es válida para ambas disciplinas, es estar en un error, toda vez que no todos los hechos que se emplea acción u omisión generando un daño, no necesariamente se trata de un delito, pues puede carecer de tipicidad y de antijuricidad penal; pero puede existir un ilícito civil que es el deber de no causar daño a otro, existiendo una antijuricidad civil; concluyendo que ambas disciplinas tienen su propia antijuricidad.

Es por esa razón, pese que no exista delito en una conducta que cause daño, esto no lo exime de responsabilidad civil, toda vez que la antijuricidad en ambas materias son distintas, mientras que en el derecho penal depende que la norma prohibitiva sea típica, en el derecho civil sólo basta en determinar el

incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás en base a las buenas costumbres como principio; en ese sentido los fundamentos y requisitos en materia penal y civil son completamente distintos, pues este último dice Taboada Córdova (2003): «se persigue básicamente es reparar o resarcir los daños ocasionados, mientras que en la responsabilidad penal el objetivo fundamental es sancionar al autor del delito, haya habido daño o no» (p. 49)

En ese orden de ideas, se debe concluir que la antijuridicidad penal siempre será típica, de lo contrario no existirá responsabilidad penal, mientras en el derecho civil la antijuridicidad viene a ser típica como también atípica; en ese sentido, se infiere que los hechos ilícitos como la violación sexual en agravio de una menor de edad se encuentra prohibida en la norma penal, en consecuencia se trata de una antijuridicidad civil típica, sin embargo se hace hincapié que no está regulado por las normas civil sino penal; tal como lo advierte Guillermo Bringas (2009): «(...), tratándose de una conducta antijurídica que, además de causar daño efectivo, constituye delito, siempre se tratará de un caso de antijuridicidad típica». (p. 14)

Desde un punto de vista penal, la antijuridicidad se subdivide en dos, la primera en un sentido formal definida abstractamente como contraposición con el ordenamiento jurídico; mientras la antijuridicidad material viene a ser un juicio valorativo o de desvalor, y en base a este fundamento se encuentra la causa de justificación. En el derecho civil, la responsabilidad civil sólo se centra de una antijuridicidad objetiva, pues solo basta quebrantar la norma prohibitiva para configurarse la antijuridicidad civil, sin importar la valoración de la conducta.

En esa línea, se advierte que la antijuridicidad civil no se refiere a la conducta del agente, sino al resultado de la conducta, es decir al daño; pues la conducta de infractor de la norma sólo será valorado desde un punto de vista penal a efectos de determinar la reprochabilidad penal o la existencia de una causa de justificación, a diferencia de la antijuridicidad civil que solo basta que la conducta del agente contravenga con la norma típica o atípica para que se configure este presupuesto de la responsabilidad civil.

En ese sentido, dejemos de lado a la antijuridicidad penal, para limitarnos solo en la antijuridicidad civil, que evalúa la conducta del sujeto activo imputable que infringe voluntariamente el deber de no quebrantar el mandato y la prohibición de la norma; estas se miden según sus capacidades para prever y evitar lo inevitable, existiendo posibles causas de exclusión de la antijuridicidad. Por ejemplo, ante una balacera en el museo, el hombre “x” al tratar de cubrirse accidentalmente rompe un jarrón antiguo de la dinastía china, el presidente del museo demanda al responsable del daño pretendiendo la indemnización por daños y perjuicios; sin embargo, al examinar la conducta del hombre “x”, no pudo evitar romper el jarrón pues su vida estaba en peligro.

En caso de los daños causados por el delito de violación sexual en agravio de menor de edad, no existen causas de exclusión de la conducta antijurídica civil, pues el agresor sexual infringe la norma de forma consciente y voluntaria, toda vez que no existe violación sexual sin intención.

Queda claro entonces la diferencia entre una antijuridicidad penal y civil, mientras el primero se refiere a la conducta; por el contrario, la antijuridicidad civil se refiere al daño; toda vez que

frente a un comportamiento diligente que causa daño, será eximido de responsabilidad penal, pero será responsable civilmente obligándose a reparar el daño. De ello deriva que la antijuridicidad civil es exclusivamente objetiva del acto, siempre apartándose de la valoración de la actitud del sujeto activo, que sólo será evaluada por la antijuridicidad penal.

B. La Relación Causal para Determinar la Responsabilidad Civil Como Consecuencia del Delito de Violación Sexual Contra Las Menores de Edad.

El agente mediante una acción u omisión que produce o desencadena un resultado lesivo o dañoso que constituye la afectación de interés que se concreta en un cambio en el mundo exterior o falta de cambios que se esperaba, constituyéndose como una afectación de un bien jurídico particular, observándose la relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado lesivo del bien, tal como lo establece Taboada Córdova (2003): «(...) “relación de causalidad”, que se entiende en el sentido que debe existir una relación de causa – efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación legal de indemnizar.» (p. 83). En ese sentido, el daño efectuado debe tener una relación de causalidad entre la conducta antijurídica del agente del delito para que exista responsabilidad civil.

Para la jueza León Velásquez (2012) la relación causal viene a ser: «(...), como elemento de la responsabilidad civil, es el vínculo físico o material que debe existir entre el hecho ilícito y el daño, de modo que el primero sea la causa suficiente del segundo» (p. 125), es decir, la conducta antijurídica del autor del delito debe generar un daño existiendo una causa adecuada,

teniendo un vínculo entre la actuación del autor y el resultado dañoso.

Aguilar Henoch (1950) señala que: «En la responsabilidad civil hay siempre un hecho generador (hecho ilícito) y un hecho generado (daño) unidos por un nexo de casualidad, de manera tal que la existencia del segundo no es concebible sin la del primero» (p. 244); de lo establecido, queda claro que debe existir una conexión adecuada y razonable entre la conducta ilícita que causa un daño.

La relación causal viene a ser la ligazón entre la acción (conducta delictiva) y el resultado (el daño). En la conducta delictiva de violación sexual generalmente traerá consigo, como dice Echeburúa (2002) «lesiones psíquicas como los trastornos adaptativos (con estado de ánimo deprimido o ansioso), el trastorno de estrés postraumático o la descomposición de una personalidad anómala» (p. 140), este tipo de traumas deberá tener una relación jurídica de causa y efecto entre la conducta de agresión sexual y el daño producido a la víctima, teniendo una noción de causa adecuada.

Cuando hablamos de causa adecuada, nos referimos que la conducta antijurídica debe ser idóneo y razonable para que cause un daño con un determinado alcance, de lo contrario no se establecería la relación de causa y efecto. Por ejemplo, con fecha once de enero se ha consumado una violación sexual contra una menor de edad, el diez de febrero el ministerio público determina que la menor de edad tiene siete meses de embarazo, concluyendo que la conducta ilícita del agresor sexual no ha causado el embarazo, esto implicaría que el proyecto de vida de la menor se ha frustrado, pero no a causa de esta agresión de este último, por lo tanto no existe una causa

adecuada; sin embargo existe otros tipos de daños que tiene una relación de causalidad.

Para determinar la causa adecuada, deberá tomarse en cuenta dos aspectos, la primera el factor in concreto que consiste la relación de causalidad física o material, es decir, que el daño debe ser a consecuencia fáctica de la conducta antijurídica; mientras el segundo aspecto viene a ser el factor in abstracto se deberá analizar como bien lo dice Taboada Córdova (2003): «acuerdo a la experiencia normal y cotidiana que la conducta antijurídica debe ser capaz o adecuada para producir los daños causados» (p. 85). Así también lo establece el artículo 1985° del Código Civil (2016) que señala: «La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido». (p. 419)

No solamente se debe analizar la causa adecuada, pues puede existir en el daño generado por una causa ajena a la conducta antijurídica, denominado fractura causal, toda vez que el daño puede ser producto de un caso fortuito, fuerza mayor, por la conducta de un tercero o por el mismo accionar del agraviado, tal como lo describe el maestro Taboada Córdova (2003):

(...), cada vez que se le intente atribuir a un sujeto una responsabilidad civil extracontractual por la supuesta producción de un daño, el mismo tendrá la posibilidad de liberarse de dicha responsabilidad si logra acreditar que el daño causado fue consecuencia no de su conducta, sino de una causa ajena, o lo que es lo mismo de otra causa, bien se trate de un supuesto de

caso fortuito, o de fuerza mayor, o del hecho determinante de un tercero, o del propio hecho de la víctima, (...). (p. 87)

En efecto, si el daño es a consecuencia de hechos ajenos a la conducta antijurídica del actor delictivo, este no tendrá responsabilidad civil. Por ejemplo: Se ha producido una violación sexual en agravio de una menor de edad que resulta embarazada, después de un tiempo esta decide abortar, pero producto del aborto fallece. Los padres de la menor no pueden sustentar daño moral producto de su fatídico muerte de su menor hija para imputar la responsabilidad civil al agresor sexual, no existiendo la relación de causalidad, tal como bien lo establece el artículo 1972° del Código Civil (2016) establece: «En los casos del artículo 1970°, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño». (p. 416)

La tarea del actor civil es tratar de determinar la relación de causalidad entre el daño y la conducta ilícita del agresor sexual, pues en este tipo de agresión se puede observar la existencia de diversos daños producidos a la víctima, asimismo se puede dar el caso de la pluralidad causas que podría ocasionar el trauma con alteraciones psíquicas, con trastorno de estrés postraumático, pudiéndose deducir que el daño no es consecuencia de la conducta del sujeto, sino por otras causas que generan el mismo daño, debiendo ser compatible con la falta de responsabilidad penal que se establece en el proceso penal, de lo contrario llega a ser presumible que existe una relación de causalidad entre el delito efectuado y el daño causado en relación al hecho de violación sexual.

Por otro lado, también se deberá evaluar la concausa, como bien lo explica Taboada Córdova (2003), «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». (p. 91); es decir, que la conducta de la víctima debe ser idónea y adecuada para contribuir con su propio daño. En caso de violación sexual en agravio de una menor de edad, a nuestra opinión no puede existir concausa, toda vez que no cabe la idea que exista contribución por parte de la víctima para que se efectúe la agresión sexual, tanto más que la ley protege la indemnidad sexual de la menor.

Por último, la concurrencia de conductas antijurídicas por parte de varios coautores, que mediante de una conducta común o singular causa un mismo daño, serán responsables civilmente para reparar los daños efectuados. Por ejemplo: tres personas cometen el delito de violación sexual en agravio de una menor de edad, en ese contexto existe responsabilidad civil por parte de los coautores que han causado un mismo daño.

- C. El Daño para Determinar la Responsabilidad Civil como Consecuencia del Delito de Violación Sexual Contra las Menores de Edad.

El Daño o Perjuicio.

Viene a ser el deterioro, pérdida, la merma de un interés particular, ya sea de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cuyo efecto ha sido por la conducta ilícita del sujeto activo del delito, en otras palabras, como señala Cupis (1975): «es todo detrimento o menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento sufre una persona, ya sea en sus bienes

vitales naturales, ya sea en su propiedad o en su patrimonio». (p. 83).

El daño es producto de la acción u omisión del agente causante que genera un detrimento o menoscabo del bien en relación del uso o valor de cambio, esto, de acuerdo a la naturaleza del bien jurídico patrimonial o extrapatrimonial, tal como bien lo explica Gálvez Villegas (2016)

(...) el daño es la afectación o lesión a un interés o bien jurídico, la misma que significa un menoscabo al valor de uso o valor de cambio del bien, si se trata de un bien jurídico de naturaleza patrimonial, o a su naturaleza intrínseca si se trata de un bien jurídico extrapatrimonial, afectación que debe provenir de una acción u omisión del causante, al que se le imputa su producción y resultado a través del correspondiente factor de atribución de responsabilidad, y es susceptible de reparación conforme a derecho. (p. 81)

Como se podrá advertir, la acción u omisión del agente del delito causa el menoscabo del bien jurídico que genera una obligación civil de reparar el daño causado por el incumplimiento de las normas penales y civiles, pues, en relación a este último el sujeto activo del delito quebranta las buenas costumbres que el derecho civil protege, esto se puede interpretar de evitar en causar daño a otro, tal como bien lo señala Taboada Córdova (2003): «(...) el daño debe ser consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro (...)». (p. 60)

Por otro lado, existe la exclusión de la responsabilidad civil fijadas en el artículo 1971° del Código Civil, la misma que detalla la inexistencia de la responsabilidad en tres casos; 1) el ejercicio

regular de un derecho; 2) la legítima defensa de la propia persona o de otras o en salvaguarda de un bien propio o ajeno; y 3) el daño por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. Es decir, en base a los presupuestos señalados, se podrá excluir de responsabilidad civil al agente que ha provocado el daño, así lo explica Gálvez Villegas (2016)

(...) se dejara de lado el detrimento o perjuicio causado mediando caso fortuito o fuerza mayor, por cuanto estos no pueden ser imputados a agente alguno; igualmente se excluirán los daños justificados, como los causados por el ejercicio regular de un derecho o en legítima defensa, y algunos casos de estado de necesidad (no el estado de necesidad justificante o el estado de necesidad exculpante del Derecho Penal, sino el estado de necesidad previsto por el Derecho Civil) o también los causados con el consentimiento del agraviado. (p. 82)

Sin embargo, se debe precisar que en los delitos de violación de la libertad sexual de menores de edad resulta casi imposible que exista estado de necesidad civil o mucho menos justificación alguna para agredir sexualmente a una menor de edad. Más aún cuando la menor de edad es ultrajada causando daños como traumas afectivos, sufriendo alteraciones psíquicas con trastorno de estrés postraumático, así como daños psicofísicos.

En esa línea de ideas, la Constitución Política del Estado protege derechos fundamentales de toda persona, como el derecho a la intimidad, derecho a la salud, derecho a la vida, a la integridad psicofísica de la persona y las afecciones espirituales legítimas, derecho al libre desarrollo y demás derechos personalísimos, en consecuencia rechaza a todo tipo

de daño, por tal razón ha creado mecanismos como la responsabilidad civil a efectos que se repare el daño volviendo a su estado anterior, tal como lo establece Fernández Cruz (2015)

La protección de la persona humana, como sabemos, tiene una protección constitucional en el Perú. Toda persona tiene derecho, nos dice el numeral 1) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, a la vida, a su integridad, a su integridad moral, psíquica y física (entidad psicosomática del sujeto) y a su libre desarrollo y bienestar, siendo esto último – contra lo que algunos ignoran o pretenden ignorar exprofesor – la base constitucional del daño existencial peruano, es decir del llamado daño al proyecto de vida. (p. 185).

En ese sentido, debe quedar claro que el delito de violación de la libertad sexual de menores de edad, los agresores dañan a la víctima en su aspecto personalísimo protegido a nivel constitucional como a la integridad moral, física y psíquica, al libre desarrollo y bienestar, a la salud, a la vida, entre otros. Estos daños efectuados hacia la víctima de la agresión sexual tienden a ser indemnizados con la finalidad de tratar de reparar el daño, como bien lo explica Tamayo Jaramillo (2015)

precisamente, previendo la dificultad de volver las cosas al estado idéntico en que se encontraba antes de ocurrir el daño, la ley, la doctrina y la jurisprudencia han adoptado la indemnización por equivalencia, acudiendo para ello a dinero, cosas o reparaciones que, en la medida de lo posible, hacen desaparecer los efectos nocivos padecidos por la víctima, casi siempre, pues, la reparación es incompleta y aproximada, tratando de brindar a la víctima bienes que le reporten

satisfacciones similares a las producidas antes por el bien afectado. (...). (p. 203)

En estos tipos de delitos, la víctima tarda en recuperarse pese al extenso tratamiento médico seguido, pues las secuelas psicológicas dejadas a causa de la agresión sexual pueden perdurar años; por lo que considero que se debe examinar minuciosamente para tratar de resarcir el daño provocado, analizando el alcance del daño y el tiempo razonable que demorara volver al estado anterior del daño.

El Objeto del Daño.

Cuando hablamos del objeto del daño, no solo nos referimos a los bienes patrimoniales, sino todo aquello que perjudica al interés de la víctima; en otras palabras, como dice Cupis (1975); «El objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, un interés humano» (p. 107.)

La tutela jurídica resguarda todo interés humano a efectos que pueda existir una plena armonía y un completo equilibrio en las relaciones sociales; sin embargo, al ser lesionado el interés humano, la norma tutela al agraviado a efectos de ser resarcido el daño con fines reparadores.

Sin embargo, no se deberá llegar a una terrible equivocación sobre el objeto que trata de salvaguardar la norma, pues no se trata de unas cosas u objetos, sino a las situaciones propias que se suscitan perjudicando el interés del sujeto en si o cuando este interés tiene relación con un bien. El primero consiste que un bien no altera su esencia, pero el sujeto no satisface su interés; mientras el segundo inutiliza el bien, en consecuencia, el sujeto no puede satisfacer su necesidad.

En ese sentido, en los casos de violación contra los menores de edad se observa que la norma trata de proteger la indemnidad sexual; que se trata de un interés social, pero no debemos olvidar el interés particular, pues el daño extrapatrimonial es más grave que el daño patrimonial, estos tipos de daños también está tutelado por la norma civil en relación del bien jurídico privado, posibles de ser reparados.

Sujeto del Daño.

Cuando existe una situación de relevancia jurídica penal, es decir un hecho ilícito que provoca un daño se configura una relación jurídica, el agente del delito que causo el daño, ya sea con título de imputación de autor, cómplice, instigador – siendo los responsables del daño y la víctima, sujeto pasivo o titular del bien jurídico afectado.

El causante del daño es aquel que en base de su conducta delictiva causa un daño al bien jurídico, generando un enlace de obligación a efectos de reparar la lesión, tal como bien lo señala Gálvez Villegas (2016): «Es el sujeto – en el sentido de ser centro de imputación de derechos y obligaciones – que realiza la conducta que produce la afectación del bien jurídico; conducta que puede ser activa u omisiva.» (p. 86)

Es decir, el sujeto activo de un delito, por su conducta activa u omisiva causa un daño del bien jurídico protegido por la norma, si viene cierto que es pasible de ser perseguido penalmente por la acción punitiva del Estado, también es cierto que puede ser perseguido por una pretensión particular a efectos de cumplir la obligación de reparar el daño causado. En pocas palabras, el sujeto activo es el agente que está obligado a resarcir el daño que ha ocasionado por su conducta criminal.

Por otro lado, la víctima o el sujeto pasivo es aquella persona que ha sido perjudicado al dañar su interés patrimonial o extrapatrimonial producto de la conducta activa u omisiva del agente criminal. Por tal razón, esta parte pasiva puede accionar contra el causante del daño a efectos de ser indemnizado o resarcido el daño; sin embargo, la figura puede variar cuando el sujeto pasivo de la relación jurídico-penal viene a ser un agente incapaz, tal como un menor de edad; pues los delitos empleados como la violación sexual contra los menores de edad, tendrá como representante a los padres o tutores están facultados con la finalidad de accionar conforme al derecho privado y pretender la reparación civil, como bien lo establece Gálvez Villegas (2016):

En el caso de ser una persona incapaz o una persona jurídica, para recurrir ante la autoridad pertinente tendrá que hacerlo por intermedio de sus representantes, los que a su vez puedan ser legales o voluntarios; pero lo que legitima al representante para recurrir a la autoridad será siempre el interés lesionado por la conducta dañosa, cuya titularidad la posee su representado. (p. 87)

En ese sentido, los padres o los curadores de la menor incapaz y sujeto pasivo del delito tendrán el derecho de acudir a las instancias competentes para realizar las denuncias respectivas y accionar a efectos de pretender la reparación civil a favor de la menor de edad, víctima de violación sexual, esto para realizar diversos tratamientos médicos con el objeto de llegar a desarrollarse en las relaciones sociales con completa normalidad.

Entidad y Magnitud del Daño.

Es importante identificar el daño causado por el agente, así como también examinar hasta qué extremo ha causado daño, esto con la finalidad de llegar a un quantum resarcitorio que el agente causante está obligado a reparar. El juzgador evaluará en relación de la causalidad del hecho suscitado, así como también en base al grado de culpabilidad del sujeto activo; con el objeto de determinar la entidad y la magnitud del daño causado.

Prueba de ello, el artículo 1973° del Código Civil (2016) predispone lo siguiente: «Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducidas por el juez, según las circunstancias» (p. 416); del precepto normativo se desprende que el juzgador reducirá la indemnización según las circunstancias, evaluando con un criterio lógico, la sana crítica y en base a las reglas de la experiencia para determinar la entidad y la magnitud del daño.

En base a este artículo citado, se puede inferir que el juzgador también podrá tomar criterios de la norma civil, para examinar la entidad y la magnitud del daño, basándose en el grado de culpabilidad del agente causante al referirse según las circunstancias. Este criterio, es meramente subjetivo, siendo tarea del juzgador de evaluar de forma objetiva para determinar que la conducta ilícita ha generado un daño de un punto a otro, sin alejarse de las reglas de la causalidad entre la acción u omisión del agente y el daño causado.

Para determinar la entidad y la magnitud del daño es someramente complicado, y más aún cuando se trata del delito de violación sexual contra menores de edad, pues mayormente el daño no está expuesto a la vista, sino se trata de daños

extrapatrimoniales como el daño a la persona, daño moral, daño al proyecto de vida, entre otros. Estos daños, podrán ser evaluados la magnitud sin desligarse de la relación causal, toda vez que existirán daños psicopatológicos ajenos a la relación causal del hecho delictivo, en consecuencia, el sujeto activo se exenta de la obligación de indemnizar en dicho extremo.

Al parecer la norma ha pensado en diferentes supuestos e incluso cuando existe un hecho ilícito que participan varias personas como sujeto activo – agente causante – con título de imputación de autor, cómplice e instigador del delito de violación sexual en contra de menores de edad; así como también, personas que podrían estar involucradas directa o indirectamente del delito, como los empleadores, dueños de un hospedaje, padres o familiares del sujeto activo, entre otros, todos ellos serán responsables solidariamente para resarcir a la víctima, esto al amparo del artículo 1983° del Código Civil (2016) que señala:

Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales. (p. 418)

Del precepto normativo se observa otra vez que el juzgador deberá de examinar el grado de culpabilidad del agente causante para determinar el quantum resarcitorio; advirtiendo que la norma solo refiere que se fijará el monto indemnizatorio en base a la culpabilidad, más no a raíz del daño, siendo evidente que atenta contra la reparación integral del daño. Al

parecer que el legislador ha otorgado las facultades a los jueces para determinar la obligación y el monto a la libre disponibilidad, basándose a criterios subjetivos según los hechos suscitados.

En esa línea de ideas, al otorgar la facultad al juzgador para determinar la obligación y el monto en base de culpabilidad, esto acarrearía que el juzgador no se basa en los daños causados, sino en los hechos suscitados, en consecuencia también evaluaría la condición económica del agente causante y esto se complicaría más cuando el sujeto activo se encuentra purgando una condena privativa de libertad que no permite adquirir cuantiosos ingresos económicos para ser usados como reparación civil, tal como lo manifiesta Gálvez Villegas (2016)

(...) esta limitación de la dimensión de la reparación del daño no se da únicamente por razones de equidad y de grado de culpabilidad, sino que además puede limitarse por la exigua capacidad económica del causante o el beneficio indirectamente hubiera podido obtener el propio sujeto pasivo con la actividad generadora del daño, (...). (p. 89)

Queda en evidencia que la misma norma impide que exista una reparación integral del daño, teniendo una tutela a favor del sujeto activo que provoco el daño, siendo el juzgador el encargado de examinar mediante las circunstancias del hecho delictivo a efectos de determinar la obligación y el monto resarcitorio, dejando de lado el costo de la reparación del daño más las posibles indemnizaciones.

En esa línea de ideas, el juzgador tiene la obligación de examinar también la entidad y la magnitud del daño, en otras palabras, de identificar el daño en relación causal del hecho delictivo, dejando de lado la ruptura causal del daño que son

circunstancias ajenas al nexo causal del hecho ilícito. Una vez identificado la entidad, es necesario saber hasta qué grado o magnitud alcanza esta lesión provocado a la víctima.

Para el delito de violación sexual contra menores de edad, es necesario saber los daños directos e indirectos, el primero consiste una relación de causa y efecto de forma seguida, por ejemplo, el agresor sexual fuerza a la víctima mediante golpizas para neutralizarla, generando hematomas, contusiones, escoriaciones, entre otros; siendo un daño directo. Mientras el segundo el agente causante genera un daño evento y esto a la vez provoca un daño consecuencia. Por ejemplo, El agresor sexual al consumir la violación sexual en agravio de la víctima menor de edad, esta queda embarazada, siendo un daño evento; pero esto a la vez trae como consecuencia que deja de estudiar por la vergüenza, generando un daño al proyecto de vida - daño consecuencia.

Este último daño, también puede ser catalogado como un daño inmediato, es decir un daño a largo plazo, un daño futuro, debiendo tener un carácter objetivo con medios idóneos de saber que existirá el daño en un tiempo determinado. En el ejemplo anterior, el juez pudo determinar la posible existencia del daño al proyecto de vida mediante pericias psicológicas a efectos de poder saber la posible existencia del daño inmediato, del daño a futuro.



Figura 2. La revaloración de los conceptos de “daño evento” y “daño consecuencia” y su trascendencia para entender el daño como fenómeno de doble causalidad.

Fuente: Fernández Cruz, Gastón, 2015.

Del gráfico se desprende la magnitud del daño y la entidad en base a la relación causal entre el agente causante y el daño consecuencia. Esto para poder determinar el límite de la obligación y la pretensión resarcitoria.

La norma civil, también hace mención a la entidad y a la magnitud del daño en el artículo 1985° del Código Civil (2016) lo siguiente: «la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, daño a la persona y el daño moral (...)» (p. 419), del precepto normativo, se puede deducir que la entidad y la magnitud del daño se determinan en base al lucro cesante, daño a la persona y el daño moral; sin embargo la doctrina de responsabilidad civil manifiesta que existe una serie de daños que inmersos expiden la entidad y la magnitud del daño sin desprenderse de la relación causal entre el hecho generador y el daño causado, que explicamos a continuación:

El Daño Emergente.

El daño emergente viene a ser la pérdida, el menoscabo o el deterioro de un bien patrimonial que tenía el agraviado antes de haber sufrido el daño, es decir, es la situación que provoca el

detrimento de un bien en perjuicio de la víctima. Como bien lo dice Fernández Cruz (2015); el daño emergente es: «Definido como el empobrecimiento que sufre el damnificado en su patrimonio como consecuencia directa y súbita del daño. (...). Se trata entonces de la sustracción de una utilidad económica ya existente en el patrimonio del sujeto al momento de verificarse el daño.» (p. 190)

Cuando se analiza el daño emergente, se advierte que son pérdidas meramente patrimoniales. En el caso de responsabilidad civil extracontractual derivadas del delito son muy frecuentes cuando se trata de delito contra el patrimonio; pero en los delitos de violación sexual contra menor edad son muy raras y escasas; sin embargo, existe la posibilidad jurídica que pueda existir daño emergente en estos delitos. Por ejemplo, cuando la víctima al momento de la agresión sexual extravía el celular, dinero, entre otras cosas de valor patrimonial.

Sin embargo, la responsabilidad civil extracontractual derivadas del delito cabe la posibilidad de aplicar el daño emergente en daños extrapatrimoniales que causa daños patrimoniales, esto, bajo las reglas del daño indirecto, pues el hecho generador provoca un daño evento extrapatrimonial y esto a la vez puede generar un daño patrimonial. Ejemplo, El agresor sexual imparte golpes a la víctima provocando hematomas, contusiones, escoriaciones, entre otros. Estos daños son extrapatrimoniales, pero los gastos ocasionados para el tratamiento médico vienen a ser daños patrimoniales, pudiendo considerarse como daño emergente indirecto.

El Lucro Cesante.

Es aplicable a todo daño patrimonial, pues viene a ser las ganancias no obtenidas a causa del siniestro, pues ha

ocasionado variar o alterar un bien que producía ingresos económicos, que mediante un análisis razonable se puede concluir que ha cesado la ganancia pecuniaria por un evento lesivo del bien, así lo explica Fernández Cruz (2015)

Representado por la pérdida de una utilidad que el damnificado presumiblemente conseguiría de no haberse verificado el evento dañoso. El lucro cesante, entonces, afecta una utilidad que todavía no está presente en el patrimonio del damnificado al momento de acceder el daño evento, pero bajo un juicio de probabilidad se habría obtenido de no haber tenido lugar el evento dañoso. (p. 190)

Es decir, el agraviado aún no tiene el bien, pero por un análisis lógico, razonable y en base a la experiencia se podrá deducir que la utilidad vendría en un tiempo determinado; sin embargo, por el evento lesivo, esta utilidad cesa, toda vez que ha sido dañado dejando de percibir ingresos patrimoniales a favor del agraviado.

En los delitos de violación sexual, viene a ser un daño extrapatrimonial, pero como se dijo anteriormente, se puede hacer un análisis a raíz de las reglas del daño indirecto en relación del lucro cesante. En ese sentido, cuando el hecho generador causa un daño evento patrimonial, esto puede generar daños de lucro cesante patrimonial, como daño consecuencia. Por ejemplo, el agresor sexual invierte golpes para neutralizar a la víctima menor de edad, a tal punto que le ocasiona una lesión cerebral quedando en estado vegetativo, por tal motivo la víctima necesita ayuda de terceras personas para ser asistida en la alimentación, vestimenta y otras necesidades básicas, por esa razón la madre deja el empleo para cuidar a su menor hija. Evidentemente se configura el lucro

cesante, que a nuestra consideración el juzgador deberá analizar de manera objetiva al momento de impartir justicia.

Daño Moral.

Es el menoscabo, vulneración o detrimento de un derecho extrapatrimonial, representados por el sufrimiento o el dolor humano producto de un evento lesivo que causo la aflicción emocional, que no es susceptible a una apreciación pecuniaria, tal como lo explica Guerrón Serpa (2016):

En cuanto a la Naturaleza Jurídica del Daño Moral, la doctrina señala que es de índole fundamentalmente subjetiva, ya que va en relación directa con el ser humano. También se lo considera como piedra angular en el reconocimiento de la persona humana como el eje central en la sociedad; persona que tiene derecho a un equilibrio en su estado psíquico y espiritual, cuyas alteraciones deben repararse. (p. 22)

De lo señalado, se desprende que el daño moral viene a ser una lesión intrínseca de la persona humana que le genera aflicción, desatándose un desequilibrio emocional provocando un perjuicio en las relaciones sociales; es decir la persona tiene un dolor espiritual por el hecho suscitado alterando la psiquis volitiva; sin embargo, este daño tiende a variar al pasar el tiempo, siendo completamente temporal más no definitivo como bien lo señala Fernández Cruz (2015)

(...) que debe ser entendido como un subtipo especial de un concepto mayor que lo comprende (daño a la persona) pero con contornos especialmente definido que a su vez lo diferencia y determina alcances especiales en cuanto a su tratamiento: Será aquel que afecta a la psiquis y sentimientos de la persona humana (fiel entonces a su origen conceptual en el Derecho

Continental), y que se refleja en un padecimiento y dolor espiritual, pero con una característica fundamental que lo diferencia de otros daños no patrimoniales: afecta la faz interior del sujeto y tiene siempre naturaleza temporal. (p. 192)

En efecto, el daño moral es de naturaleza temporal, toda vez que la persona humana tiende superar la aflicción emocional, ya sea por decisión propia o por diversos tratamientos psicológicos realizados; es decir, como bien señala Fernández Cruz (2015) «Si el daño moral es un sufrimiento que afecta a la psiquis de un individuo, dado que la naturaleza humana está hecha para superar padecimientos psíquicos (bajo el instinto de supervivencia, el ser humano está hecho para dominar el dolor), dicho daño tiene que ser temporal.» (p. 192)

Este daño moral, es tutelado por la norma civil, toda vez que el agraviado que padece de este daño tiene el derecho de accionar pretendiendo el *pretium doloris*, es decir el precio del dolor ocasionado por el evento lesivo. En ese sentido, el derecho privado busca remediar en parte la angustia, la depresión, entre otros dolores espirituales suscitados por la situación lesiva.

En el caso de las víctimas sexuales menores de edad, el daño moral es extremadamente agresivo, pues por lo regular padecen de traumas afectivos cuando están en la infancia, pudiendo padecer manifestaciones neuróticas cuando la víctima se encuentra en la adolescencia y en la edad adulta.

Asimismo, la víctima sexual puede tener secuelas fisiológicas, como parálisis en estado vegetativo, invalidez motriz, entre otras lesiones provocadas por el agresor sexual a efectos de neutralizarla. En este caso, la víctima al perder actividades vitales de tipo fisiológico, la agraviada tiene un dolor espiritual,

sintiéndose frustrada al apreciar que necesita ayuda de terceras personas para ser asistida

Prueba de los Perjuicios Morales Subjetivos.

Al ser un daño meramente intrínseco de la persona humana, es imposible de otorgar un valor pecuniario para ser resarcido; sin embargo, el juzgador deberá apreciar la intensidad y la magnitud del daño causado para medir el nivel de sufrimiento de la persona. Tamayo Jaramillo (2015) señala: «Si bien su cuantificación económica es imposible, dada la naturaleza misma del daño, lo cierto es que su intensidad es perfectamente demostrable.» (p. 220)

Por otro lado, el nivel de sufrimiento de dolor espiritual de la víctima es cuantificable en base a las medicinas recetadas por el médico tratante, pues, como bien señala Tamayo Jaramillo (2015): «la medicina psíquica contemporánea puede dictaminar casi con exactitud el grado y duración del dolor físico y psíquico. Con base en esa verificación, los médicos formulan medicamentos, analgésicos o antidepresivos y, llegado el caso, realizan sicoterapias que concurren la salud de la víctima.» (p. 220)

En caso de la menor de edad víctima de violación sexual al padecer traumas que provoca alteraciones psíquicas con trastorno de estrés postraumático o el daño fisiológico de algún miembro producto de la agresión sexual sufrida, generando un dolor espiritual. En estos casos, el psicólogo tratante podrá recetar medicamentos según el nivel de aflicción emocional. Esta intensidad en relación a los medicamentos. Tamayo Jaramillo (2015) dice: «el juez prudencialmente, y utilizando para ello la equidad, ordena la forma de reparación que considere

más adecuada o condena a una suma de dinero determinada como reparación de ese dolor físico o psíquico sufrido.» (p. 220)

Como se ha podido apreciar, no existe una prueba directa que manifiesta el quantum indemnizatorio por el daño moral, sino el juzgador se basará solo de las pruebas indiciarias, que mediante inferencias se podrá deducir el grado de intensidad del daño moral según al daño sufrido y a los medicamentos, como opiniones de especialistas tratantes.

Inclusive pensamos que, mirando hacia el futuro, el impacto del daño moral que afecta a los menores de edad víctimas de violación sexual son muy superiores al que sufren los adultos, pues puede incubar graves conflictos emocionales que solo sintonizan varios años después. Por esa razón, creemos que se debe tomar suma importancia a este daño moral en los menores de edad, para ser tratados de forma adecuada con especialistas idóneos, por estas consideraciones se deberá indemnizar por este concepto para que se desenvuelva con completa normalidad en las relaciones sociales.

Daño al Honor.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos toca el tema del honor, a modo de ejemplo podemos citar el artículo 17° que establece la protección de la persona contra los ataques ilegales a su honra y reputación, y les otorga a la protección de la ley contra éstos, así como también en el artículo 7° que consagra la protección contra los tratos degradantes diciendo que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Por otro lado, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su preámbulo, párrafo

primero que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. A su vez, en el artículo 5° menciona que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica en su artículo 11° protección de la honra y de la dignidad, concluyendo que la normatividad protege al hombre de tal al derecho al honor.

En efecto, toda persona tiene una estima personal y reputación social que se ha ganado a lo largo de su vida, ligado más al estatus social que ha alcanzado, como bien lo indica Petrino Romina (2013) establece que: «la honra de la persona implica la estima, reputación y respetabilidad propia que emana de ésta y hace a su dignidad, desde la esfera de su conciencia y sentimientos hasta la valoración que tienen de ella los demás. El derecho al honor se gana con una actitud moral frente al prójimo y en el desarrollo de la actividad profesional. Este derecho es susceptible de restricción y reglamentación.» (p. 207)

Honor y su dualidad de valor.

Como bien lo indica la doctora en derecho penal Carmona Salgado (2012), establece que el honor se fundamenta por doble juicio de valor (p. 03); por una parte es el valor personal y por el otro es un valor social; mientras el primero es un atributo propio, según el grado de autoestima que puede tener cada persona humana – honor subjetivo; mientras el segundo es el

reconocimiento social de una valoración positiva de su fama, esto es honor objetivo.

Cuando se quebrantan el honor los operadores jurídicos realizará un juicio de valor que se basan de percepciones de forma subjetiva u objetiva de cada persona humana, considerando su cuantificación a esta última, toda vez que el llamado honor subjetivo, solo es una valoración interna, es decir es la representación que el sujeto tiene de sí mismo y afirma su propio valor; mientras el honor objetivo es la buena reputación que supo ganarse en sociedad y este lo otorga un valor externo, en otras palabras, el honor se vincula, muchas veces, a los privilegios de ciertas cunas, castas o estirpes, a desigualdad y a títulos nobiliarios que ha alcanzado cada persona, teniendo una estima personal – honor subjetivo, y estima social – honor objetivo.

Debemos tomar en cuenta que ni la Constitución ni la Ley nos ofrecen un concepto de honor, de ahí que el máximo intérprete de la Constitución, distinguiendo un concepto subjetivo y otro objetivo del honor. En su sentido subjetivo, el honor es la valoración de cada hombre, mientras en el sentido objetivo sería la valoración de los demás que da a las cualidades de un hombre, en otras palabras sería el aprecio o la estima que una persona recibe en la sociedad. Existiendo de esa forma un suerte de dualidad de valor que se otorga al honor.

Es decir, el honor subjetivo viene a ser la valoración de su propia imagen, como bien lo explica Baeza Vallejo (2003): «el honor subjetivo es, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, aquel referido a la propia valoración y dignidad. Se trata de la imagen de sí mismo que tiene cada individuo y que se forma con independencia del resto de los componentes del grupo social.»

(p. 12). Mientras el honor objetivo se refiere la reputación social que ha logrado alcanzar la persona, así lo explica la misma autora «el honor objetivo o reputación, en cambio, se refiere a la imagen social de la persona, formada por la comunidad que la rodea; si es un personaje público, esto se ve acentuado por la posición que tome frente a ella la prensa y los demás medios de comunicación masivo y que confluyen sustancialmente en la opinión que se forma la sociedad toda.» (p. 13)

En efecto, el derecho al honor además de un derecho personal e individual, es un valor social o comunitario y en definitiva el honor en toda su amplitud es un derecho de la personalidad, lo que debemos incluir como un atributo de la persona humana.

Este derecho al honor también puede ser vulnerada en los delitos de violación sexual contra una menor de edad, pues como indica Osterling Parodi Felipe que: «los bienes materiales no son los únicos susceptibles de percibir un daño, sino también aquellos que no ocupan un espacio físico. La persona puede sufrir atentados contra su integridad, salud mental y psicológica, el honor, reputación y demás bienes extrapatrimoniales. En estos casos no se podría aplicar el daño patrimonial, por lo que el legislador peruano acertadamente ha previsto en el Código Civil la tutela del daño moral.» (p. 5)

En esa línea de ideas, el derecho al honor puede ser amparado bajo la tutela del daño moral en cuanto a la reparación civil se trate, asimismo, este bien jurídico protegido llamado honor también está siendo tutelada por el derecho penal siendo protegido en los delitos de injuria, calumnia y difamación.

La víctima de violación sexual se siente de alguna forma vulnerado su derecho al honor, pues existe un tipo de estigma

social, en otras palabras, es rechazado socialmente generando vergüenza a la víctima, en consecuencia ha quebrantado tanto su honor objetivo y su honor subjetivo, agravándose esto aún más cuando exista de por medio una grabación en audio y/o video la agresión sexual perpetrada contra una menor de edad, quebrantando el derecho al honor, a la privacidad y a la intimidad, más aún cuando la grabación se ha difundido por diversos medios de comunicación.

Como se dijo antes, el delito de violación sexual es demasiado compleja, pues este delito puede acarrear diversos derechos vulnerados, tales como el derecho al honor y derecho a la intimidad. Estas vulneraciones no permite desarrollar los aspectos de la personalidad espiritual o física de la persona, en consecuencia, es necesario que se proteja el derecho a la intimidad a fin de no ser accesibles a la curiosidad pública, como bien señala Petrino Romina (2013) que «sustraerse a la publicidad y otras perturbaciones a sus sentimientos y vida privada, a que los demás tengan información no documentada, es decir, no accesible al público en general, sobre hechos que no se quiere que sean ampliamente conocidos, o que se desea ocultar a la curiosidad ajena, todo ello limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos.» (p. 212). En definitiva, al suscitarse una violación sexual, es evidente que se quebranta el derecho al honor de la víctima, la misma que deberá ser valorado a efectos de dirimir la cuantía de la reparación civil.

En esa línea de ideas, para determinar la cuantificación de la indemnización por daño al honor, no se debe tomar en cuenta el honor subjetivo, pues este se apega más a la autoestima, el aprecio de la propia dignidad y cuando es dañada esta valoración personal de sí misma, no hay forma de cuantificarla,

pues no se sustenta con la producción del daño de forma visible u objetivo diferencia del honor objetivo que es la valoración que tiene los demás de uno mismo, en base a la reputación social, es decir, el estatus que socialmente ha alcanzado y que supo ganársela a lo largo de su trayectoria, este reconocimiento es objetivo y en consecuencia cuantificable y verificable, por ende es indemnizable.

Daño a la Persona.

Este daño viene a ser el menoscabo de la integridad sicosomática de la persona humana, es decir lesiones no patrimoniales de carácter personalísimo e intrínseco del individuo como la vida, la salud, la intimidad, el libre desarrollo social, entre otros; tal como bien lo explica Fernández Sessarego (1985) al establecer lo siguiente:

(...) el daño a la persona se refiere a todas aquellas múltiples situaciones en las cuales el sujeto, por sufrir una lesión en su integridad sicosomática, está normalmente sometido a consecuencias no patrimoniales que inciden sobre la persona considerada en sí misma. (p. 185)

El daño a la persona viene a ser un concepto amplio, pues se puede conjugar con el daño moral, daño fisiológico, físico o biológico, daño social, daño al proyecto de vida, daño psicológico, infiriéndose que se trata de una lesión que afecta a la persona humana en el ámbito psicofísica, toda vez que el Código Civil trata de abrir todo los daños que pudiera suscitarse en relación a la persona humana en su completa integridad, tanto física como psíquica; reconociendo como una fuente de obligación de resarcir al daño sufrido por un delito recaída a la persona humana que se ve afectada. Como bien lo manifiesta Fernández Cruz (2015) al señalar lo siguiente:

(...), como un daño que afecta a la persona humana como entidad psicofísica, comprendiendo a los daños inherentes a esta (o daños a los derechos de la personalidad, como la vida, la integridad psicofísica, el libre desenvolvimiento de la personalidad, la intimidad, la salud, entre otros; y con una característica esencial: siempre responde a la función de reparación del daño resarcible, por lo que es comúnmente valuable, y ajeno a la función aflictivo – consolatoria del resarcimiento). (p. 191)

El daño a la persona está comprendido las lesiones en relación del carácter psicofísico de la persona humana. En los casos de las víctimas de agresión sexual el daño a la persona engloba sobre el daño a la vida, daño sexual, daño a la vida familiar, daño ético, que serán resarcidos de acuerdo a la magnitud que se haya alcanzado la lesión.

En esa línea de ideas, en el delito de violación contra menores de edad puede existir esta figura del daño a la persona, pues es posible que el agresor sexual pueda impartir golpes ocasionando lesiones físicas como hematomas, contusiones, escoriaciones entre otros. Asimismo, puede ser dañado a nivel psicológico pudiendo presentar la víctima traumas que pueda provocar indefensión sin tener una adecuada relación social, pues esto genera desconfianza, ira o vergüenza, teniendo ciertas alteraciones psíquicas hasta poder llegar un trastorno de estrés, llegando a perjudicar en su desarrollo personal y social.

En esas diversas situaciones, se puede apreciar que la víctima de violación sexual se le ha dañado a la integridad física y psicológica, que engloba el daño sexual, daño a la vida, así

como también de manera indirecta lesiona a la vida familiar, entre otros; reduciéndose a una sola frase – daño a la persona.

Daño Fisiológico.

Este tipo de daño no viene a ser otra cosa más que el daño a la persona; sin embargo el concepto de daño fisiológico está compuesto por diversas lesiones de naturaleza personalísima no patrimoniales, pero a la vez genera daños patrimoniales; pues la víctima ha sufrido un daño en las funciones físicas, toda vez que un órgano, extremidades, entre otros no funciones de manera normal a tal punto que necesita de terceras personas que puedan asistirles, provocando gastos adicionales como fisioterapias, medicamentos, tratamientos, etc. Estando de acuerdo con Fernández Cruz (2015) que dispone lo siguiente:

Además del menoscabo económico (daño patrimonial) y emocional (daño moral) que puede sufrir la víctima de un atentado a su integridad física, podemos hallar otra alteración en sus condiciones de existencia. En efecto, la incapacidad física psicológica del lesionado va a producir no solo pérdida de utilidades pecuniarias (daño material) o la de la estabilidad emocional, o dolor físico (perjuicios morales subjetivos), sino que en adelante no podrá realizar otras actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. (p. 221)

En pocas palabras el daño fisiológico es el menoscabo de las funciones vitales físicas de la persona humana que causa la pérdida de efectuar actividades vitales que agracia la vida, tales como poder caminar, correr, comer, escribir, entre otras cosas.

La víctima de agresión sexual no está exenta de sufrir este daño, toda vez que el agresor sexual pueda ensañarse para someter

a la víctima a efectos de acceder carnalmente, y esto implicaría la impartición de golpes que podrían ocasionar el detrimento de las funciones físicas vitales de la víctima, como por ejemplo quedar en estado vegetativo e invalidez total permanente; que, sin lugar a dudas, la víctima tendrá un daño moral y patrimonial.

Daño al Proyecto de Vida.

Diversos juristas han desarrollado el daño al proyecto de vida, como bien lo indica Calderón Gamboa (2005) que: «Fernández Sessarego, en su primer momento planteó su teoría del daño al proyecto de vida desde la perspectiva del Derecho civil, ejemplificando en varios casos de esta naturaleza cómo se presenta el daño al proyecto de vida. Este ejemplificaba con el caso de una bailarina que por negligencia médica o accidente sufría un daño irreparable en el pie, por lo que su proyecto de vida como bailarina se veía frustrado.» (p. 59)

Por su parte, en el primer párrafo del artículo 63° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos posibilita, y requiere, que se amplíen, y no se reduzcan, las reparaciones, en sus múltiples formas, en consecuencia la fijación de las reparaciones debe basarse en la consideración de la víctima como ser humano en su forma integral, en ese sentido, se reconoció el daño al proyecto de vida, toda vez se consideró una reparación de forma completa, siendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en acuñar dicho término como bien lo señaló José Guevara en su comentario del libro titulado: “reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a derechos humanos” de Calderón Gamboa (2005): «En materia de derechos humanos la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado las modalidades aludidas – restitución, compensación, satisfacción – a través de su jurisprudencia. Asimismo, dicho Tribunal ha marcado

importantísimos criterios en materia de reparación del daño, que incluyen por su puesto, que las reparaciones deben satisfacer los daños producidos por el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral; y recientemente ha acuñado la modalidad de daño al proyecto de vida.» (p. XII)

El reconocimiento de un daño al proyecto de vida, ha significado uno de los avances más reveladores de la humanización del Derecho, pues ha comprendido desde una visión integral del ser humano en el sentido de la persona humana en sociedad, en consecuencia, la necesidad de tutelar sus objetivos y proyectos.

En efecto, como bien lo señala Calderón Gamboa (2005) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado en la sentencia de reparación del veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, en el caso Loayza Tamayo, que el daño al proyecto de vida no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el daño emergente o la pérdida de ingresos futuros cuantificables a través de ciertos indicadores como lo es el lucro cesante. El daño al proyecto de vida atiende a la realización de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente expectativas determinadas y acceder a ellas. (p. 27)

En pocas palabras, el proyecto de vida se refiere al atentado del plan de vida; es decir, la ruptura de una situación que le generaba expectativas a la víctima de un futuro mejor, pues este quebrantamiento del plan de vida es a causa de un hecho delictivo que ha provocado el rompimiento de los sueños y proyectos de la víctima.

En esa línea de ideas, los daños que puedan generarse a la víctima a causa del delito de violación sexual contra menores de edad son muy graves, pues atentan contra los derechos humanos en sus dos categorías, daño patrimonial y daño extrapatrimonial. Este último, está compuesto al daño moral, daño psicológico, daño físico, daño al proyecto de vida, entre otros.

El Código Civil trata de resarcir los daños social, físico y psicológico que conlleva a un atraso al proyecto de vida. En relación a este último, la agresión sexual sufrida por la víctima se limita a nivel físico y psicológico; generando que el curso de la vida cambie, se desvanezca o se vea forzado a tomar otro rumbo. La agresión sexual provoca que la víctima rompa las expectativas de vida, generando cambios bruscos en el proyecto de vida, tal como lo describe Campoverde Sánchez (2015):

Este daño es de especial tratamiento puesto que en el caso de los delitos sexuales la impresión de la violación puede ser tal que rompa las expectativas que la víctima tenía, por lo que su tratamiento y reparación debe ser oportuno y adecuado; y, en todo caso debe merecer una justa indemnización. (p. 97)

Mayormente, en las menores de edad víctimas de violación sexual quebranta su proyecto de vida, en peor de los casos, cuando se encuentran embarazadas producto de la agresión sexual, esto cambia bruscamente las expectativas de la víctima tratando de evadir el problema. Por ejemplo, el abandono de los centros educativos por vergüenza al embarazo, traslado de una ciudad a otra, abandonar los estudios de forma definitiva para dedicarse al trabajo y al cuidado del menor, entre otros.

En esa línea de ideas, el juzgador deberá analizar la magnitud del problema que ha conllevado el daño al proyecto de vida de la menor víctima, pues no sólo cuando exista embarazo por el acceso carnal causa un daño al proyecto de vida, sino también por las secuelas de traumas y trastornos que no logra que la víctima se pueda desenvolver ante la sociedad, a tal punto que pueda dejar los estudios por un buen tiempo, tal como bien lo manifiesta Campoverde Sánchez (2015):

En el caso particular de las víctimas de violación el juzgador deberá primero determinar si el hecho traumático es capaz de quebrar o romper el proyecto de vida de la víctima, para luego en base a su sana crítica y su experiencia, determinar las medidas adecuadas que se debe brindar a la víctima para su reparación, o en su defecto un monto indemnizatorio. (p. 105)

Este daño al proyecto de vida se observa de forma reiterada a las víctimas de violación sexual contra menor edad, pasibles de ser indemnizados; sin embargo, los litigantes, fiscales y jueces no logran motivar sobre este daño causado a la agraviada a efectos de ser resarcidos. Esta inobservancia genera perjuicio a la víctima y más aún cuando estas no accionan en la vía civil por vergüenza, resignándose llevar en el proceso penal.

El proyecto de vida según la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido diversas jurisprudencias, bajo el principio rector de su proceder jurisdiccional, en cuanto a la restitutio in integrum; en consecuencia, la Corte ha identificado el daño material, el daño moral y, recientemente, el daño al proyecto de vida, estos dos últimos denominados como daños inmateriales.

El daño al proyecto de vida se incorpora a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de la sentencia caso Loayza Tamayo dictada el 27 de noviembre de 1998; sin embargo, dicha Corte no se atreve a consignar un monto dinerario, toda vez que considera que este tipo de daños es irreparable de difícil cuantificación en monto dinerario. A partir de dicha sentencia, la Corte a emitido diversas jurisprudencias, cada vez más idóneo bajo el principio de satisfacción está intentado llegar a una reparación para que cumpla su fin restitutivo de forma integral.

Esta tarea que lo toca a la Corte Internacional de Derechos Humanos, tratar de lograr la cuantificación acertada a efectos de reparar el daño al proyecto de vida a llevado en restituir, tales como otorgar una beca universitaria y pagos de manutención hasta que dure estos estudios escogidos por la víctima como se advirtió en el caso Cantoral Benavides, así como también optar en ciertos casos, tratamientos médicos y psicológicos de parte del Estado infractor en favor de la víctima o familiares; considerando que se podría aplicar en los menores de edad víctimas de violación sexual, conforme a esta investigación. Pues, para que sea considerado el daño al proyecto de vida, deberá suscitarse casos den encarcelamiento injustos, tortura, lesiones psicosomáticas, pobreza, ignorancia, ausencia de salud, temor y condiciones mínimas de vida, en consecuencia, no es de extrañar que también puede incorporarse el daño al proyecto de vida a los menores de edad víctimas de violación sexual.

En ese sentido, pasamos a las jurisprudencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos más relevantes que aportaron de manera única en cuanto se trata del daño al proyecto de vida.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso: María Elena Loayza Tamayo.

El caso María Elena Loayza Tamayo se contextualizó en una época donde existió en el Perú una práctica generalizada de tratos inhumanos en las investigaciones criminales por los delitos de traición a la patria y terrorismo. En ese contexto la profesora universitaria María Elena Loayza Tamayo fue detenida por los miembros de la División Nacional contra el Terrorismo con fecha 06 de febrero de 1993 por una presunta colaboración con el grupo armado Sendero Luminoso. En el transcurso de la investigación, así como también en el proceso judicial se le ha vulnerado diversos derechos como a la defensa, al debido proceso, tratos crueles e inhumanos, quebrantando el derecho a la integridad personal y a la garantía judicial, siendo condenada a veinte años de pena privativa de libertad por los tribunales peruanos.

En ese sentido, el fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 26 de noviembre de 1998, denominado caso “María Elena Loayza Tamayo vs Perú”, contribuye de forma amplia la difusión a nivel doctrinal y jurisprudencial sobre la importancia del proyecto de vida, cuyo concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

En efecto, para la Corte el proyecto de vida en relación al daño moral, es que la primera está implícita a esta última según lo desarrollado en la sentencia de la Corte, toda vez que existe tres temas a tratar, respectivamente, de los daños materiales (daño emergente y lucro cesante), del daño moral y del daño al proyecto de vida.

En esa línea de ideas, en relación al daño del proyecto de vida, el pronunciamiento de la Corte establece «que el daño al proyecto de vida “ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”». En relación al “lucro cesante”, se señala en la sentencia que: «mientras este último daño se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.» (p. 41)

Asimismo, la Corte conjuntamente con la posición asumida por los magistrados Cancado Trindade y Abregu Burelli quienes estiman que en el proyecto de vida está en juego nada menos que el destino del ser humano; es decir, lo que libremente ha decidido a ser y hacer de su vida, pues ser libre implica que la persona debe decidir su destino en el tiempo y espacio que elija, toda vez que se decide en el presente, sustentado por el pasado y realizado en el futuro, es ahí donde los magistrados de la Corte vincula el proyecto de vida con la libertad.

Comparto con Fernández Sessarego (1996) quien bien indica que: «La libertad, en su vertiente subjetiva, es la capacidad de decisión del ser humano. Esta decisión supone, en un momento dado, preferir una determinada opción entre un abanico de posibilidades existenciales que le ofrece el mundo. El ser humano, en cuanto libre, es un ser proyectivo. El ser humano vive proyectándose en el tiempo.» (p. 454), asimismo, agrega el mismo autor que «Se protege la realización del proyecto de vida

porque en él está en juego, como está dicho, el destino mismo de cada ser humano. El mayor daño que se puede causar a la persona es la frustración, menoscabo o retardo en la realización del proyecto de vida.» (p. 455)

Conforme se ha establecido el proyecto de vida cabe preguntar si este daño también sigue a los menores víctimas de violación sexual, cabe mencionar que el alcance de los daños psicológico que ha ocasionado la agresión sexual es suficiente para obtener diferentes niveles de Shock postraumático viéndose truncada el proyecto de vida, pues cae a un vacío existencial que puede generar a una persona a una depresión profunda, hasta una posible postración, sin observar ninguna motivación o sin tener sentido de su vida e inclusive puede llegar a la adicción de las drogas o lo que es peor aún, llegar a un suicidio, compartiendo lo que manifiesta el doctor Fernández Sessarego (1996): « El daño al proyecto de vida, como muchas veces lo hemos puesto en evidencia, es un daño radical y profundo que se causa a la persona desde que, mediante su acción, se trunca o frustra aquello que constituye el eje central y decisivo sobre el que gira la entera existencia de la persona: se frustra, nada menos, el destino de la persona, haciéndole perder el sentido de su existencia.» (p. 462); asimismo agrega el autor que: «La frustración del “proyecto de vida” significa en quien lo sufre la pérdida del sentido de su propia vida. Este truncamiento trae como natural consecuencia el que la persona no pueda vivir más los valores que escogió para orientar su vida, al preferir determinada opción u opciones frente a otras que descartó por no guardar sintonía con sus más íntimas aspiraciones existenciales.» (p. 456)

En pocas palabras, la Corte ha llegado a concluir que el ser humano es un ser libre y temporal, consecuencia al ser libre, la

persona decide y elige, desde su propio criterio, situado en un espacio y tiempo, entre todas las opciones que la vida ofrece, en ese sentido, todo ser humano está condenado a proyectarse de forma constante a lo largo del tiempo de manera continua de los haceres de la vida; sin embargo no podemos dejar de lado el estado emocional de la persona que juega un papel importante al momento de decidir las aspiraciones que anhela llegar en su vida, pues si bien es cierto que la libertad es un atributo para proyectarse en un determinado tiempo y espacio, pero el estado anímico de la persona es vital para accionar y ponerlas en práctica lo proyectado; en muchas ocasiones, los delitos de violación sexual contra menores de edad, se observa que estos presentan una aflicción emocional, sufriendo alteraciones psíquicas, trastornos depresivos, ansiedad, estrés postraumático, manifestaciones neuróticas, perjudicando en su desarrollo personal y social, evidenciándose también la existencia de una frustración al proyecto de vida, compartiendo lo que manifiesta Fernández Sessarego (1996): «El daño psicosomático puede incidir primariamente en el cuerpo de la persona a través de una lesión cualquiera – una herida o una mutilación, por ejemplo, por lo que nos encontramos frente a un daño somático, o puede incidir primariamente en la psique, por lo que nos hallamos ante un daño psíquico. A esta especie de daño psicosomático lo designamos como daño biológico. Como es sabido, todo daño somático incide en una perturbación psíquica y viceversa. Este daño psicosomático, ya sea preferentemente somático o psíquico, supone una lesión que debe ser, en sí misma, evaluada por el juez para su correspondiente resarcimiento.» (p. 458)

Como se advierte, esta jurisprudencia reconoce la existencia del daño al proyecto de vida, deslindando de los demás daños inmateriales y materiales, sin embargo, la Corte se abstiene de

reparar a este daño justificándose que la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, en consecuencia, dicho Tribunal se abstiene en cuantificarlo.

Consideramos que existe una contradicción en esta sentencia, tal como lo advirtió el magistrado Roux Rengifo en su voto disidente al indicar que es contradictorio que en la sentencia se repare con una suma de dinero a un daño subjetivo como lo es el daño moral, pero al mismo tiempo se abstiene en reparar al daño del proyecto de vida, sustancialmente objetivo solo por no existir precedentes jurisprudenciales.

En ese sentido, es la tarea de los jueces, atendiendo a las circunstancias de caso, en determinar la magnitud y las consecuencias que genera cada daño, así como determinar la reparación que corresponda, buscando una salida satisfactoria para tratar de reparar el daño proyecto de vida a favor de las víctimas.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso: Castillo Páez.

La corte determinaría otro caso emblemático donde los hechos se suscitaron en el Estado Peruano, pues examinaría si se habría quebrantado el derecho a la libertad, derecho a la integridad personal, derecho a la vida, garantías judiciales y protección judicial en contra del señor Ernesto Rafael Castillo Páez quien ha sido secuestrado y desaparecido por parte de la Policía Nacional del Perú. En su demanda la Comisión solicitó que ordenará al Estado, entre otros, reparar plenamente, tanto material como moralmente, a los familiares de la víctima Castillo Páez por los daños graves sufridos.

En el presente caso, la reparación ha extendido sus alcances, pues la Corte ha llegado a presumir la existencia del daño moral en los casos de graves violaciones de derechos humanos. Dicha presunción ha sido considerada en relación con los esposos, padres, hijos y hermanos de la víctima directa del ilícito.

En efecto, la Corte considera daño moral aquel que proviene de los efectos psíquicos sufridos por la víctima como consecuencia de la violación de sus derechos e incluye sufrimientos, dolor y angustia que se le causaron a la víctima directa o a sus familiares, así como todo sufrimiento que no puede traducirse de manera contable, toda vez que «obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente»

En pocas palabras, se distingue entre la indemnización por derecho propio y por sucesión. La Corte sostuvo que «el derecho a la indemnización por los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte se trasmite por sucesión a los herederos», y que «los daños provocados por la muerte a los familiares de la víctima o a terceros pueden ser reclamados fundándose en un derecho propio» Fernández Sessarego, (2004)

En ese sentido, la Corte ha optado medidas sustitutivas en el supuesto que la víctima haya fallecido, en ese contexto los familiares tendrá un derecho a la indemnización.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso: Niños de la calle y Villagrán Morales.

Los hechos se presentaron en Guatemala donde se contextualiza en una época caracterizada por acciones al margen de la ley, pues agentes de seguridad estatal practicaba,

amenazas, detenciones, tratos crueles e inhumanos con el so pretexto de erradicar la delincuencia juvenil, en esa situación, con fecha veinticinco de junio de mil novecientos noventa fue asesinado Anstram Aman Villagran Morales, mediante un disparo, las mismas que no fueron investigados ni sancionados los culpables de este atroz hecho, vulnerándose el derecho a la integridad personal, derecho a la vida, derechos a los niños y niñas, garantías judiciales y procesales, a la libertad personal, protección judicial, llegando incluso a tortura, trato cruel y degradante.

La comisión agregó, en esta oportunidad, que para las familias de las víctimas las circunstancias que rodearon la muerte de estos jóvenes habían sido una causa de sufrimiento. La forma en que los cuerpos abandonados y la falta de respuesta acerca de lo sucedido causó en los familiares angustia y miedo. A criterio de la Comisión, surge de la prueba que las autoridades no intentaron comunicarse con las familias o darles mayor información una vez que se iniciaron las actuaciones. (p. 41)

Como se podrá apreciar los familiares de las víctimas y la Comisión han hecho referencia a diversos daños morales, tales como el sufrimiento de la pérdida de vida, afligido de manera emocional, la destrucción del proyecto de vida de los jóvenes asesinados, otros de haber sido privado de la libertad sin tener las garantías y medidas necesarias para proteger a los menores de edad, así como también la falta de las garantías judiciales.

Esta Corte, resolvió la reparación con un monto total, agrupando todos los daños inmateriales, incluyendo la destrucción del proyecto de vida de los jóvenes y fijo una determinada suma de dinero.

Es evidente, que esta Corte aún no llega a atreverse en reparar por concepto del daño al proyecto de vida por un monto individual, en este caso agrupo todos los daños obteniendo un solo monto dinerario, cabiendo aún la duda cuanto corresponde por el daño al proyecto de vida.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso: Cantoral Benavides.

En el presente caso, Luis Alberto Cantoral Benavidez, estudiante universitario, de nacionalidad peruana, fue detenido por la Dirección Nacional contra el Terrorismo con fecha seis de febrero de mil novecientos noventa y tres, posteriormente fue detenido su hermano José Antonio Cantoral Benavides. Ambos hermanos fueron conducidos a una playa donde fueron torturados y obligados a autoinculparse de traición a la patria. Fueron procesados en el juzgado de instrucción especial de Marina por un juez “sin rostro” y por el Consejo de Guerra de Marina también con integrantes de jueces “sin rostro”, más adelante Luis Alberto Cantoral fue procesado por el poder judicial condenando a veinte años de prisión.

En esa línea de ideas, la demanda de la Comisión ha señalado que existe una vulneración de los derechos a la integridad personal, quebrantando las garantías judiciales y procesales, así como también el derecho a la libertad personal, al principio de legalidad, a la protección judicial, suspensión de garantías, tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto el presente caso con fecha tres de diciembre del año dos mil uno, distinguiendo los daños inmateriales los «existen suficientes elementos para afirmar que, además de haber sido incomunicado, y haber sido sometido a condiciones de reclusión muy hostiles y restrictivas, el señor Cantoral Benavides fue en

varias ocasiones golpeado y agredido físicamente de otras maneras y que esto le produjo intensos dolores corporales y sufrimientos emocionales» (párrafo 59), es decir, el daño moral, de una parte, del serio menoscabo del proyecto de vida de la víctima, de la otra. La Corte, para los efectos de la reparación de los daños, en atención a dicho claro distingo conceptual, fijó reparaciones distintas para cada uno de los mencionados daños inmateriales. Así expresa en el párrafo 63 cuando dice que: «la compensación del menoscabo del “proyecto de vida” será efectuada en los términos indicados más adelante.» (Párrafo 80)

Como bien lo manifiesta Fernández Sessarego, (2004): «En el párrafo 60 de la mencionada sentencia, la Corte precisó “que los hechos de este caso ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides, los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional”. La Corte Concluye expresando que: “Todo esto ha representado un serio menoscabo para su “proyecto de vida”». (p. 14)

Asimismo, la Corte estableció una novedosa y equitativa reparación por el daño al proyecto de vida bajo el principio de satisfacción, toda vez que dispuso que el Estado proporcione a la víctima una beca de estudios, así como también los gastos de manutención durante el periodo que dure los estudios elegidos en un centro de reconocida calidad académica. Una vez más la Corte a aportado esta novedosa jurisprudencia a fin de tratar de reparar un daño de difícil cuantificación, como lo es el daño al proyecto de vida.

Daños Causados en Estado de Necesidad.

Cuando hablamos de daño causado en estado de necesidad en materia penal, rápidamente nuestra imaginación invoca a la antijuricidad y la culpabilidad, mientras el primero habla de un estado de necesidad justificante, el segundo el estado de necesidad exculpante; sin embargo ambos tratan de liberar o atenuar la responsabilidad penal del imputado; pero esto no significa que estará exento de la responsabilidad civil, ya que el estado de necesidad en materia penal no libera la responsabilidad civil, sino el estado de necesidad en materia civil.

En ese sentido, es diferente hablar de estado de necesidad en materia penal y estado de necesidad en materia civil, pues este último lesiona un bien jurídico de carácter patrimonial o extrapatrimonial para tratar de evitar un perjuicio a un bien jurídico patrimonial de mayor valor o un bien jurídico fundamental, como la vida, la integridad, la salud, la libertad, entre otros. Por ejemplo, un delincuente armado y con una camioneta persigue a su víctima que también conducía un auto por la vía expresa, este último al sentir los disparos que provenía de la camioneta, la víctima atino en estrellarse en una tienda causando graves daños patrimoniales, de esa forma aludió al delincuente para que huyera por la vía. En el ejemplo citado, la víctima ha causado daños patrimoniales en perjuicio del dueño de la tienda, sin embargo, la víctima ha actuado en un estado de necesidad civil, quedando exenta de la responsabilidad civil por caso fortuito. Sin embargo, este daño causado se le atribuirá la responsabilidad civil al delincuente.

Como se puede apreciar, el estado de necesidad libera o atenúa la responsabilidad penal, siendo una defensa exclusiva del imputado, a diferencia del estado de necesidad civil que exenta

la responsabilidad civil del imputado o de la víctima que causa daño. Puede existir coincidencia entre el estado de necesidad penal y el estado de necesidad civil. Por ejemplo, Juan coge el arma de juego para disparar a Pedro, sin embargo, este en legítima defensa golpea con un palo a la cabeza de Juan, cayendo al pavimento y fallece. En este caso no existe responsabilidad penal por parte de Pedro por actuar bajo los presupuestos de una legítima defensa, así como también no existe responsabilidad civil a efectos de resarcir a los familiares de Juan. Pues, se deberá seguir las reglas preestablecidas en el artículo 1971° del Código Civil (2016) que establece:

No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1. En el ejercicio regular de un derecho.
2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro eminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro. (p. 415)

Del artículo citado, se desprende tres situaciones que la norma civil establece de forma expresa a efectos de no dirimir responsabilidad civil. Estos tres supuestos no pueden ser aplicados en el delito de violación sexual contra menores de edad, toda vez que el agresor sexual no ejerce conforme a derecho, siendo ilícito su conducta; así mismo, no existe la posibilidad que el agresor sexual actúa bajo la legítima defensa o el estado de necesidad civil; deduciéndose que todo sujeto activo de violación sexual que determine su responsabilidad

penal automáticamente también será responsable de resarcir a la víctima. Queda claro que esta regla sólo será aplicable en estos delitos, pues en otros delitos será analizable de acuerdo a la situación del hecho delictivo.

Prueba y Resarcimiento al Daño.

El daño realizado por un evento delictivo deberá estar relacionado sólo y exclusivamente al daño del bien jurídico civil, en consecuencia, la prueba sindicará sólo al daño ocasionado, es decir al resultado lesivo que perjudica al bien jurídico particular, ya sea un daño directo o indirecto, daño mediato o inmediato que perjudica al interés patrimonial o extrapatrimonial del sujeto pasivo del delito o de terceras personas.

La prueba está dirigida en acreditar la entidad y la magnitud del daño que será pasible de ser resarcido, sin olvidar la relación de causalidad entre el daño y el evento lesivo. En los delitos de violación sexual contra menores de edad; la víctima padece de daños de naturaleza extrapatrimonial de carácter directo e indirecto, mediato e inmediato; que será acreditado mediante tratamientos psicológicos que será la base para determinar la entidad y la magnitud del daño; teniendo en cuenta los medicamentos recetados se deducirá la gravedad del daño y el tiempo que perdurará la secuela del trauma generado.

En cuanto la prueba de la relación de causalidad; cuando se trata de responsabilidad civil derivados por el delito, se deberá acreditar la entidad y la magnitud del daño causado; sin embargo existe delitos que provoca un daño que no es necesario probarla entidad y la magnitud del daño, sino que basta que se haya acreditar la responsabilidad penal para presumir que el resultado del daño y en la magnitud que este alcanza, bajo el análisis de la lógica y la experiencia, como es

en el caso de violación sexual contra menores de edad, siendo que la víctima recibirá trastornos psicológicos y demás daños extrapatrimoniales, que a mi opinión no viene necesario probar la relación de causalidad como también la entidad, más sólo la magnitud del daño.

D. Los Factores de Atribución para determinar la Responsabilidad Civil como consecuencia del Delito de Violación Sexual Contra las Menores de Edad.

Que, habiéndose analizado los tres anteriores requisitos para que se configure la responsabilidad civil derivado por un hecho delictivo, tanto como la antijuridicidad, la relación causal y el daño, en ese sentido pasaremos examinar el último presupuesto de la responsabilidad civil, que viene a ser los factores de atribución.

Los factores de atribución no es otra cosa más que la búsqueda del sujeto que se hará responsable de la indemnización, pues el sujeto ha causado con una conducta, es decir como dice León Velásquez (2012): «el factor de atribución pretende distinguir quién será el agente que responderá por los daños causados y a que título responderá por ellos». (p. 126)

Este comportamiento que se le atribuye al autor del hecho lesivo, puede ser producto de un factor de atribución de tipo subjetivo que consiste en la conducta culposa o dolosa del autor, por ejemplo, un accidente de tránsito, que por una conducta culposa atropello a la víctima causando graves lesiones, el autor responderá la indemnización a favor de la agraviada. Mientras los factores de atribución objetiva vienen a ser por la simple actividad riesgosa que ejerce la víctima por mandato superior, este será responsable por los daños que ocasiona a la víctima, un ejemplo clásico es el trabajador que labora en la mina

subsuelo, viene a ser una actividad de alto riesgo expuesto a toxicidad, peligrosidad e insalubridad como consecuencia del desempeño laboral adquiere una enfermedad profesional como la neumoconiosis o silicosis; en esta situación el empleador no tiene una conducta dolosa ni culposa, sino por una actividad peligrosa conducida por el empleador tiene la obligación de indemnizar al trabajador.

En el artículo 1969^o del Código Civil (2016) establece lo siguiente: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo» (p. 414.); del precepto normativo se desprende la existencia de un factor de atribución subjetiva, toda vez que el autor ha realizado la conducta lesiva de manera culposa o dolosa; esta responsabilidad se evadirá siempre en cuando el agente prueba que no ha cometido una conducta culposa o dolosa, puesto que el daño se haya producido por una persona incapaz; quizás si el daño fue producto de un caso fortuito o fuerza mayor; en ese sentido no habrá factor de atribución subjetiva, no existiendo responsabilidad de indemnizar al agraviado.

Los factores de atribución objetiva se encuentran regulado en el artículo 1970^o del Código Civil (2016) que señala: «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» (p. 414.). De la norma citada, se advierte que, por el simple hecho de ejercer una actividad riesgosa o peligrosa, y que producto de ello cause un daño, será sometido a un análisis de responsabilidad civil a efectos de indemnizar al agraviado.

De lo referido, se puede determinar que los factores de atribución subjetiva está referido a la conducta culposa y dolosa,

mientras los factores de atribución objetivo se trata de una actividad riesgosa, pero este último no viene ser la única clasificación del factor objetivo, sino existe múltiples clasificaciones que se analizara de acuerdo a los hechos, tal como la jueza León Velázquez (2012) aumenta el los factores de atribución de tipo objetivo - la garantía, abuso de derecho y equidad al señalar lo siguiente: «Tales factores atributivos y sus clasificaciones suelen ser diversos, sin embargo, se pueden distinguir los siguientes: dolo, culpa, riesgo (y otros factores objetivos), garantías, abuso de derecho y equidad». (p. 127)

En esa línea de ideas, los factores de atribución objetivo vienen a ser un mecanismo de protección a la víctima, pues el responsable para resarcir el daño causado no siempre recaerá al sujeto activo del delito, sino a la persona que tiene un vínculo de garantía o solidaridad, tales como los tutores del incapaz que produjo un daño por su conducta antisocial, los padres del menor de edad que efectúo la conducta delictiva dañando a la víctima, el propio Estado, etc.

El Factor de Atribución y Garantía de Reparación.

Gálvez Villegas (2016): «que atribuir responsabilidad civil a una tercera persona, por tener una vinculación especial, de índole de independencia o por encontrarse bajo su cuidado.» (p. 145.). Tales como son los, curadores, tutores, los padres, los empleadores, el Estado, entre otros.

Se debe tomar en consideración que la reparación civil en los procesos penales, con mayor frecuencia los procesados carecen de ingresos económicos, ya sea por la detención preventiva o por la ejecución de la condena cumpliendo la pena privativa de libertad; en ese sentido, en base del factor de atribución – garantía de reparación, se atribuye la

responsabilidad resarcitoria a terceras personas a efectos de garantizar la reparación del daño a favor de la víctima, tal como bien lo señala Gálvez Villegas (2016):

(...) si en ciertos casos no se puede lograr la reparación de parte del causante directo, porque este no se encuentra en la posibilidad material de correr con el costo del daño, el propio ordenamiento jurídico a través de la responsabilidad civil impone a determinadas personas la calidad de garantes de la reparación de los daños ocasionados por personas especialmente vinculadas a dichos garantes (...). (p. 147)

Un ejemplo clásico, es cuando un incapaz mental absoluto ha cometido una violación sexual contra una menor de edad, en esa situación, los padres o curadores del incapaz vienen a ser un tercero civil responsable. Es evidente que el incapaz absoluto no tiene ingresos económicos para reparar a la víctima, existiendo la responsabilidad civil, que por la falta de ingresos económicos del infractor se debe atribuir a un tercero dicha responsabilidad, en este caso a los padres o curador del incapaz, en su condición de garante.

Cuando hablamos del factor de atribución subjetivo, no se debe llegar a la confusión al momento de aplicar la tipicidad penal que se sub –dividen en dos, tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva, este último analiza el dolo y la culpa efectuado por el sujeto activo del delito, que se diferencia de los factores de atribución subjetiva que busca la responsabilidad civil a nivel de dolo o culpa en relación del daño, más no de la conducta delictiva. Los factores de atribución no pueden analizarse conjuntamente con la tipicidad subjetiva penal, toda vez que vienen a ser diferentes funciones, pues la responsabilidad civil sólo podrá examinarse conjuntamente con los requisitos de la responsabilidad civil, uno

de ellos es los factores de atribución; mientras la tipicidad subjetiva penal se analiza a efectos de determinar la responsabilidad penal.

Culpa Civil y Culpa Penal.

Cuando hablamos de culpa se nos viene la representación del análisis de la tipicidad subjetiva en el derecho penal, que son el dolo y la culpa; este último el derecho penal lo ha referido como el incumplimiento de las normas de cuidado a efectos de evitar en lesionar el bien jurídico penal a diferencia de la culpa civil que sólo está referido a deber de cuidado de no causar daño al bien jurídico de naturaleza particular. Pero sea culpa penal o civil, ambos están representados como el compromiso de no causar daño al bien jurídico que la norma protege en su amplitud bajo la regla del deber de cuidado que deberá prestar el agente. Como dice Gálvez Villegas (2016): «(...) esta obligación de respeto significa la obligación de no causar daño a nadie propia de la concepción de justicia desde los albores del Derecho. Esta obligación a la vez ha creado el llamado deber de cuidado a cargo de todos los miembros de la sociedad.» (p. 124.); es decir que «(...) este causante no obró con diligencia adecuada, el perjuicio económico debe trasladarse porque el daño no se hubiera producido si no hubiera sido por su intervención negligente o imprudente.» (p. 125)

En el proceso civil, al hablar de la culpa existen diversas variantes como la culpa inexcusable, el grave, lata y el leve, tal como lo señala Gálvez Villegas (2016) al establecer que «Existe diferencia entre culpa inexcusable, que es la culpa grave en grado supremo; culpa grave, en la que el sujeto actúa con alto grado de imprudencia o negligencia; culpa lata, que es la culpa en grado medio; y culpa leve que es la culpa en grado mínimo».

(p. 129)

Esta distinción de la culpa a mi opinión no viene a ser relevante, pues la culpa viene a ser como única figura, sin distinción por la materia procesal que se sitúa, toda vez que la gravedad de la responsabilidad civil se sienta en la magnitud del daño causado para tener la representación a efectos de ser resarcidos de manera íntegra.

En cuanto al delito de violación sexual contra menores de edad, no cabe esta figura de la culpa, pues tanto como la vulneración del bien jurídico penal y el bien jurídico civil fueron causados por el sujeto activo con pleno conocimiento, intención y con voluntad para poner en perjuicio a la víctima, siendo descabellado utilizar la figura culposa en este tipo de delito.

El Dolo.

Se entiende como definición única del dolo ya sea en el derecho penal o en el derecho civil; sin embargo, la doctrina penal lo ha desarrollado de manera amplia que en la actualidad genera diversas posturas cuando se habla de sus elementos cognitivo y volitivo, existiendo teorías al respecto.

Para Von Liszt (1916) quien indica: «que el dolo es el conocimiento, que acompaña a la manifestación de voluntad, de todas las circunstancias de hecho, que acompañan al hecho previsto por ley.» (p. 397). Como se puede apreciar en esta definición exige conocimiento y voluntad para que configure el dolo, es las llamadas teorías volitivas que es la postura dominante.

Existe otra postura que cuestiona la teoría volitiva, defendiendo la postura cognitiva del dolo, conocimiento, quienes indican que solo el conocimiento genera dominio, quienes concluyen que el

dolo es exclusivamente conocimiento y no voluntad, pues este último no altera el dominio como bien lo indica Silva Sánchez (1992):

(...) es objeto del dolo la situación de no justificación, que, unida a la conducta peligrosa (fundamento del injusto penal), conforma el comportamiento penalmente antijurídico. Todo ello en cuanto al objeto. En lo relativo al contenido, debe optarse por un contenido cognoscitivo. La voluntariedad no es un elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes. Lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente conoce el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado. Desde un punto de vista teleológico debe quedar claro que son dolosos los hechos que merecen la pena establecida para el delito doloso y que a este respecto lo fundamental es el conocimiento. (p. 401-402)

Veamos un ejemplo: Dos amigos hacen una apuesta que consiste en lanzar una flecha y darle a la manzana que se encuentra por arriba de la cabeza de una niña, esta última se presta para el juego, el primer amigo lanza la flecha muy lejos del objetivo, mientras el segundo amigo conoce el riesgo de lesionar a la menor, sin embargo, asume el riesgo y lanzó la flecha que fue directo a la cabeza de la niña y esta muere. En este caso, se observa que el último lanzador no quiso matar a la niña, es decir no tenía la voluntad de causar el resultado, en consecuencia, se puede observar un dolo sin voluntad. Alguien me podría sugerir que se trata de un dolo eventual o de una culpa consciente; sin embargo, para esta postura no se debe distinguir entre dolo directo de primer grado, segundo grado y dolo eventual.

En esa línea de ideas, cabe examinar la postura que se acoge la normatividad peruana sobre el dolo, debiendo realizar una interpretación sistemática, en consecuencia, analizaremos el artículo 15° del Código Penal que indica: «El que por su cultura o costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena. Lo dispuesto en el primer párrafo será aplicable siguiendo los lineamientos para procesos penales interculturales señalados por la judicatura para los casos de la comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años cuando estos no hayan prestado su libre consentimiento» (p. 59), en este contexto, implica que el sujeto activo tenga conocimiento de acuerdo al grado de cultura.

En ese sentido, se deberá evaluar si la ausencia de conocimiento es suficiente para suprimir el dolo, en consecuencia se examinará el artículo 14° del Código Penal prescribe lo siguiente: «El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. Error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena» (p. 58)

Como se podrá advertir el artículo 14° del Código Penal, de manera literal, consigna el error vencible, que indica, como aquel que hubiese podido superarse con cuidadosa diligencia, y el

error invencible que no se puede evitar pese de tener un comportamiento cuidadoso. Sin embargo, si lo analizamos con más detalle, se puede concluir que error de tipo no es otra cosa más que la ausencia de conocimiento, trayendo como consecuencia la exclusión del dolo típico.

En efecto, el artículo 14° del Código Penal no define al error como toda ausencia conocimiento sobre un elemento típico, sino se limita en mencionar que el error es vencible o invencible; sin embargo, al existir error arrastra en el contexto la falta de conocimiento que tenía el sujeto activo, por lo tanto neutraliza el dolo, como bien lo ha mencionado la Ejecutoria de la Sala Penal de la Corte Suprema ha resuelto el Recurso de Nulidad Expediente Nro. 2104-97 – Huancavelica que indica: «El acusado ha actuado en error de tipo, toda vez que en todo momento ha desconocido que se estaba cometiendo e delito de hurto agravado y por ende no puede afirmarse que haya conocido y querido la sustracción de los bienes materia de incriminación; por lo que al no concurrir el primer elemento del delito, cual es la tipicidad de la conducta, se excluye su responsabilidad penal conforme a lo dispuesto por el artículo 14 del Código Penal».

Por su parte el Pleno Jurisdiccional Penal de 1997, quien ha indicado: «conforme al artículo 14 del Código Penal, el error de tipo invencible, sea que recaiga sobre los elementos descriptivos o normativos del tipo penal, excluye el dolo, por lo que debe ampararse la excepción de naturaleza de acción basada en estas consideraciones».

Todo parece indicar que en nuestra legislación se ha adscrito a la postura cognitiva del dolo, considerando que el conocimiento genera el dominio, sin considerar a la voluntad del sujeto activo,

pues en diversas jurisprudencias se ha valorado el conocimiento como un elemento exclusivo del dolo y sin esta, se exime la responsabilidad penal sin tomar en cuenta la voluntad, como se puede apreciar en la sentencia del expediente Nro. 426-97, señala que: «Constituye error de tipo que excluye la tipicidad el hecho de haber estado la acusada en posesión de un bulto que fuera dejado por otras personas y que contenía droga, el cual llevó consigo incluso en el patrullero ignorando su contenido. El transportar droga en un costal, desconociendo esta circunstancia, constituye un error de tipo que exime de responsabilidad penal a la procesada».

Ahora bien, muchos se estarán preguntando sobre los efectos del error vencible en relación al conocimiento, pues trae como consecuencia a la atribución de tipo culposo o atenuación de la pena, según sea el caso; toda vez que el sujeto activo tiene un conocimiento incierto o que genera incertidumbre, dudas ante las circunstancias preexistentes al momento de efectuarse la acción, en otras palabras, tendrá conocimiento que su conducta crea un cierto peligro para concretarse el tipo, pero este lo asume y continúa desplegando su conducta, atribuyéndolo como un dolo eventual. Por su parte, se puede atribuir culpa, cuando el sujeto activo tiene conocimiento que su conducta genera peligro, pero confía que el resultado típico no se configurará.

La aplicación del elemento exclusivo del dolo, el conocimiento, no es ajeno a los delitos de violación sexual contra menores de edad, pues se ha visto que la defensa técnica del imputado argumenta sobre el desconocimiento de edad de la agraviada, alegando la existencia de un error de tipo, tal como se ha visto en el expediente Nro. 3971-98-Huaura que señala: «Incorre en error de tipo la inculpada que mantiene relaciones con un menor

de catorce años, en tanto éste reiteradamente había manifestado en su entorno social tener más de quince, lo que resulta creíble por sus características corporales. Para evaluar la invencibilidad del error debe considerarse que la inculpada, según un informe psicológico y las pericias realizadas, tiene un nivel de retardo mental que afecta su esfera de percepción. No siendo exigible que calculara la verdadera edad del menor. Al comprobarse que el error de tipo es invencible, procede absolver a la inculpada».

Por su parte, la sentencia dictada en el expediente Nro. 559-7-97 que predispone lo siguiente: «El bien jurídico tutelado es la libertad sexual, es decir, el derecho que toda persona tiene a elegir el objeto de sus relaciones sexuales, quedando establecido que los intervinientes eran enamorados, no habiendo conocido que la agraviada tenía menos de catorce años al haberle dicho que ella tenía quince años, siendo así se ha incurrido en error de tipo por parte del acusado, el cual en teoría se hubiera podido evitar obrando con el debido cuidado averiguando la verdadera edad de la menor, sin embargo, ello no es usual en nuestra realidad».

En conclusión, en nuestra legislación podemos señalar que el dolo se adscribe a la teoría cognitiva, pues se considera como el elemento único y exclusivo del dolo viene a ser el conocimiento, como bien lo hemos demostrado en la aplicación del artículo 14° del Código Penal, toda vez que la consecuencia jurídica del error de tipo es la neutralización de dolo, es decir, que el error de tipo tiene como presupuesto el desconocimiento del sujeto activo sobre algún elemento esencial de la vertiente objetiva, siendo suficiente para que se neutralice el dolo.

Dolo Civil y Dolo Penal.

Es interesante hasta donde ha desarrollado las ciencias penales con respecto al dolo, pues como se dijo antes, el dolo viene a ser una figura única en la aplicación del derecho, ya sea esto en lo civil o penal, sin embargo, existirá algunos matices cuando el dolo se centra en determinar la responsabilidad penal o la responsabilidad civil, tal como bien lo explica Gálvez Villegas (2016):

(...) Es decir que el dolo en el ordenamiento jurídico es único, no existiendo razón alguna para hablar de “dolo civil” o de “dolo penal”. Existe únicamente pequeñas diferencias en cuanto a la forma como debe acreditarse en cada uno de estos procesos, dados los distintos principios que informan al proceso penal y al proceso civil. (p. 134)

En efecto, el dolo penal se basa en la conducta delictiva, y el dolo civil se asienta en la conducta que ha causado el resultado dañoso; es decir que el dolo penal se centra sobre la conducta intencional del sujeto activo del delito, mientras el dolo civil viene a ser la intención de causar daño al bien jurídico particular. Por esas razones, para determinar la responsabilidad penal se basa en la conducta del agente, mientras para determinar la responsabilidad civil sólo basta observar la magnitud del daño causado.

En realidad, lo que varía no es la figura del dolo en sí, sino la protección del bien jurídico que el ordenamiento dirige la protección ya sea en materia penal o civil. Pues para determinar el dolo en materia penal solo basta observar la intención de la conducta delictiva del sujeto activo a diferencia de la responsabilidad civil que se determina con la intención de causar

un daño al bien jurídico privado; como bien lo manifiesta Gálvez Villegas (2016):

(...), no protege con igual intensidad a todos los bienes jurídicos, pues, existe un grupo de bienes que, por su trascendencia e interés público en su protección, son tutelados por el sistema penal (lo que determina la responsabilidad penal), y existe, asimismo, otro grupo de bienes jurídicos cuyo interés en su protección es particular, protección que está a cargo del Derecho privado (a través de la responsabilidad civil); (...). (p. 135)

Como ya se manifestó, no es posible concluir que el dolo penal y el dolo civil vienen a ser distintos, pensar así es entrar en error, pues esta clasificación se ha efectuado con fines de obtener una mayor comprensión, toda vez que el dolo es una figura única que se aplica las mismas reglas en materia penal o civil, obteniendo solo algunas matices de acuerdo al bien jurídico que se protege en el proceso penal o civil; sin embargo la aplicación del dolo se deberá efectuar con un análisis de comprensión sistemático e integral.

La responsabilidad del tercero civilmente responsable en los delitos de la libertad sexual contra un menor de edad.

El tercero civilmente responsable es una figura civil inserta en también el proceso penal, en consecuencia, pese de encontrarse en el proceso penal es una discusión civil y no penal. Su único fin es garantizar el cumplimiento de la reparación civil a pesar que no es el autor del delito o responsable penal.

El tercero civil consiste en hacerse responsable el pago de la reparación civil conjuntamente con el autor del delito, pese que

el tercero civil no haya actuado ni participado en el delito, sin embargo por existir un vínculo especial con el autor del delito. Para constituir a un tercero civil se debe seguir las reglas preestablecidas en el artículo 111° del Código Procesal Penal predispone: «1. Las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil. 2. La solicitud deberá ser formulada al Juez en la forma y oportunidad prevista en los artículos 100° - 102°, con indicación del nombre y domicilio del emplazado y su vínculo jurídico del imputado» (p. 419), en esa línea de ideas, el artículo 100° de la misma norma procesal indica: «1. La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria. 2. Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad: a) Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal; b) La indicación del nombre del imputado y, en su caso, del tercero civilmente responsable, contra quien se va proceder; c) El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y, d) La prueba documental que acredita su derecho, conforme al artículo 98°»

Una vez presentada la solicitud de constitución del tercero civil por el ministerio público o por el actor civil ante el juzgado de investigación preparatoria, este resolverá dentro del tercer día, salvo exista una oposición conforme lo establece el artículo 102° del Código Procesal Penal.

Cuando se realiza un breve análisis de los factores de atribución del tercero civil responsable, este responde de manera solidaria con los responsables del delito solo en el extremo de la

reparación civil, toda vez que se atribuye la responsabilidad civil a una tercera persona por tener un vínculo especial, de índole de dependencia o por encontrarse bajo su cuidado.

En ese sentido, se debe analizar cuidadosamente el factor de atribución para llegar al agente y a que título viene a ser responsable para cubrir la reparación civil conforme lo indica en el artículo 1969° del Código Civil: «Aquel que por culpa o dolo causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. (...)»; sin embargo, este precepto normativo es aplicable al autor del delito, toda vez que por culpa o dolo ha causado daño al agraviado, siendo un análisis meramente subjetivo, por ende no puede aplicarse para justificar la constitución del tercero civil responsable.

La constitución del tercero civil se justifica en base al análisis del factor de atribución es objetivo y por consiguiente no requiere indagar el dolo o la culpa (factor de atribución subjetivo), sino la garantía de reparación del tercero (Factor de atribución objetivo). Esto está amparado con el artículo 94° del Código Penal señala: «La restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar su valor contra quien corresponda»

Víctor Cubas Villanueva (1998), señala que el «(...) Tercero Civilmente Responsable es la persona natural o jurídica que sin haber participado en la comisión del delito, tiene que pagar sus consecuencias económicas. Su responsabilidad nace de la ley civil y no de una ley administrativa o de otra índole; es por ejemplo, la responsabilidad de los padres, tutores o curadores por los actos que cometan sus hijos menores, sus pupilos o los mayores sometidos a curatela; la responsabilidad de los patronos por los actos ilícito cometidos por sus dependientes; la

responsabilidad del propietario del vehículo por los hechos practicados por el conductor (...)» (p. 122-123)

En efecto, el Tercero Responsable Civilmente es la calidad legal que adquiere una persona ya sea natural o jurídica, quien no ha participado en una situación delictiva, sin embargo, en virtud a una obligación expuesta en la norma civil adquiere una responsabilidad civil a efectos de solidarizarse con el condenado para responder en monto de la reparación civil, tratándose un análisis de ex delicto.

La decisión de incorporar a un tercero civil responsable que no ha perpetrado un delito viene a ser responsable de forma solidaria para cubrir los gastos de la reparación civil conjuntamente con el autor del delito, este fundamento no es discrecional ni arbitraria, pues la norma lo permite en su artículo 101° del Código Penal indica lo siguiente: «La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil» (p. 133); en consecuencia es aplicable el artículo 1981° del Código Civil que predispone: «Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria» (P. 376)

Asimismo, el artículo 95° del Código Penal lo reafirma de la siguiente forma: «La reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados» (p. 131)

En ese sentido, para incorporar a un tercero civilmente responsable en el proceso penal es necesario que el imputado

haya tenido una relación o un vínculo especial con el tercero civil.

Por ejemplo, el autor del delito se encuentra en un estado de subordinación con su empleador o jefe de una determinada empresa, no necesariamente de índole laboral, sino también civil como un locador de servicios, así como también haya sido realizada en el ejercicio de sus funciones. En una mecánica, dos trabajadores se encuentran amartillando, uno de ellos sufre un trastorno psicológico motivo por el cual logra matar a su compañero de trabajo a martillazos dentro de las horas laborales, es evidente que el delito cometido no está relacionado con sus funciones. En este caso el agente pudo haber cometido un delito en su horario de trabajo pero no en el ejercicio de sus funciones como dependiente, lo que hace que no se cumpla lo manifestado por César San Martín Castro (2006), citando a Eduardo Fong Serra, sostiene que se «(...) requiere del cumplimiento de dos requisitos: a) el responsable directo o principal está en una relación de dependencia (el responsable principal no debe actuar según su propio arbitrio, sino sometido – aunque sea potencialmente – a la dirección y posible intervención del tercero); y, b) el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones y servicios (...)» (p. 295)

Asimismo, lo afirma el octavo considerando de la Casación Nro. 547-2016 – Cusco establece lo siguiente: «Se desprenden dos requisitos, la existencia de subordinación y que el delito se cometa en el ejercicio del cargo o cumplimiento del deber.»

El mismo análisis ocurre en la figura de violación sexual en contra de un menor, pues dentro de la mecánica una niña fue ultrajada sexualmente por un trabajador de la mecánica, el

evento ilícito se cometió dentro de las horas laborales, sin embargo la mecánica no sería un tercero civil responsable, pues el delito se cometió sin vínculo de sus funciones laborales.

Caso contrario ocurre cuando un chofer de una empresa que provee productos lácteos atropella a un peatón falleciendo este de manera instantánea (homicidio simple), se establece que el chofer ha cometido el ilícito penal dentro de sus funciones, que era conducir un vehículo a efectos de transportar los productos lácteos, en consecuencia la empresa viene a ser un tercero civil responsable.

Este análisis lo podemos aplicar en la violación sexual contra un menor de edad que podría suscitarse en el siguiente ejemplo: Un sujeto lleva a un hotel a una menor de edad en contra de su voluntad, el recepcionista del hotel deja ingresar a uno de sus habitaciones donde ocurre la agresión sexual, más allá del análisis del delito por omisión impropia por parte del recepcionista quien tenía la función de evitar el ingreso de una menor en contra de su voluntad, el hotel como empresa es tercero civil responsable.

Por último, comparto lo que indicado por Gálvez Villegas (2016): «atribuir responsabilidad civil a una tercera persona, por tener una vinculación especial, de índole de independencia o por encontrarse bajo su cuidado.» (p. 145.). Tales como son los, curadores, tutores, los padres, los empleadores, el Estado, entre otros, podrían atribuirse como tercero civil responsable. Un ejemplo clásico, es cuando un incapaz mental absoluto ha cometido una violación sexual contra una menor de edad, en esa situación, los padres o curadores del incapaz vienen a ser un tercero civil responsable. Es evidente que el incapaz absoluto no tiene ingresos económicos para reparar a la víctima, existiendo

la responsabilidad civil, que por la falta de ingresos económicos del autor se debe atribuir a una tercera dicha responsabilidad, en este caso a los padres o curador del incapaz, en su condición de garante.

Los remedios a la insolvencia y fallecimiento del causante del daño.

Cuando el sentenciado no puede pagar la reparación civil pues carece de recursos económicos, no tiene bienes patrimoniales, no quiere trabajar y en peor de los casos fallece, agravándose aún más cuando la víctima se encuentra embarazada, siendo necesario la prestación de alimentos para ambos. Este evento se tornaría difícil, por no decir imposible, para la ejecución forzada, siendo que este supuesto no ha sido previsto por las normas nacionales cuando se declara en insolvente el sentenciado que viene a ser la incapacidad de cumplir con la obligación contraída en la sentencia emitida por un juzgado penal.

No existe cuestionamiento, cuando existe más de un autor, participe o un tercero civil responsable, que no cabe duda que responderá a una la reparación civil, pues en base a la experiencia que, cuantas más personas respondan del daño, más fácil que la víctima cobre la reparación civil por los daños que ha sufrido. Caso contrario, realizar una ejecución forzada contra un autor del delito que no cuenta con bienes patrimoniales y peor aún no desea laborar dentro o fuera de la penitenciaria, según sea el caso, declarándose en insolvencia, será más difícil que la víctima goce de dicha reparación quedando en indefensión sin ser tanto eficaz la tutela judicial efectiva.

El único mecanismo que ha previsto las normas peruanas son las diferentes medidas cautelares para garantizar su ejecución

de la responsabilidad civil, así como también la condicionante que impone la norma al sentenciado que quiera ser declarado rehabilitado tendrá que cumplir con el pago de la reparación civil, conforme se aprecia en artículo 69° del Código Penal predispone: «El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite, cuando además haya cancelado el integro de la reparación civil.» (p. 113)

No podemos sostener que la falta de pago de la reparación civil pueda acarrear una pena efectiva a parte de la pena impuesta por el delito primigenio, pues el incumplimiento de pago de la reparación civil a favor de la agraviada, en realidad, es una obligación de orden civil, en consecuencia, no cabe que se dicte judicialmente la privación de la libertad, toda vez que la reparación civil es de naturaleza jurídica privada, más no punitiva a diferencia de otras sanciones pecuniarias de naturaleza sancionatoria y accesoria a la sanción penal, como la multa.

Se ha podido apreciar en las jurisprudencias que al incumplimiento del pago de la reparación civil se ha revocado una pena suspendida convirtiéndola en efectiva; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha justificado que no se ha cumplido con las reglas de conducta que viene a ser una orden penal, más no civil, como bien señala el Tribunal Constitucional recaída en la sentencia Nro. 03657-2012-PHC/TC que establece lo siguiente:

El Tribunal Constitucional, en consistente línea jurisprudencial, ha señalado que el cumplimiento de la regla de conducta consistente en reparar los daños ocasionados por el delito no constituye una obligación de orden civil, sino que es una

verdadera condición de la ejecución de la sanción penal, por lo que su incumplimiento sí puede legitimar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena. Esto es así porque el origen de la obligación de pago se afianza en el ámbito penal, sede en que se condenó al beneficiario imponiéndosele como regla de conducta reparar el daño ocasionado por el delito (STC 2982-2003-HC/TC)

En otras palabras, hay que diferenciar entre el incumplimiento de las reglas de conducta y el incumplimiento de la reparación civil, mientras el primero es de orden penal que vendría en legítimo de revocar una pena suspensiva, mientras el segundo es de orden civil, por consiguiente, no cabría la posibilidad de acarrear una pena efectiva ante el incumplimiento del pago de la reparación.

Por ese extremo y al amparo del literal "c", del inciso 24), del artículo 2° de la Constitución prohíbe la prisión por deudas, en consecuencia, los operadores jurídicos no podrán utilizar la coerción punitiva para el cumplimiento de la reparación civil, debiendo buscar otras opciones.

En esa línea de ideas, analizamos si el incumplimiento de una orden judicial podría ser la justificante para lograr el pago de la reparación civil con la ayuda del poder coercitivo del Estado, esto en mérito del artículo 368° del Código Penal que establece: «El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención (...)», es evidente, que el mandato judicial que se requiere el pago de la reparación civil a favor de la víctima debe ser expreso en la resolución dirigiéndose al obligado, en ese sentido, se podría forzar al sentenciado. Sin embargo, esto no resultaría si el sentenciado

es insolvente, pues no olvidemos que el delito de desobediencia a la autoridad es un delito doloso, es decir, al determinar si el obligado tiene la suficiente capacidad económica, sin embargo este no cumple con el mandato judicial se configuraría el delito; caso contrario, si se demuestra que el incumplimiento se debe a una imposibilidad material de hacerlo al quedar acreditado que el obligado es insolvente, no habría delito, por consiguiente no habría forma para cobrar la reparación civil.

Al contrario ocurre cuando la menor se encuentra embarazada y se logra insertar la pretensión de alimentos en la vía penal o se sigue un proceso en la vía civil, según sea el caso, en este supuesto de hecho se deberá aplicar el artículo 149° del Código Penal a fin que se utilice el poder punitivo para poder cumplir con la pretensión alimentaria, es decir, a parte de la pena impuesta por el delito de violación sexual en contra de un menor de edad, el sentenciado también puede purgar otra pena por omisión a la asistencia familiar.

Por otro lado, podemos apreciar, que aún las normas peruanas no satisfacen por completo en el supuesto hecho de ejecutar a un sentenciado insolvente, pero de alguna forma el legislador ha tratado de cubrir este vacío incorporando el artículo 98° del Código Penal predispone: «En caso que el condenado no tenga bienes realizables, el Juez señalará hasta un tercio de su remuneración para el pago de la reparación civil.» (p. 133); sin embargo, este precepto normativo no complace, toda vez que el legislador se pone en el supuesto que el condenado se encuentra trabajando y que un tercio de su remuneración será destinado para el pago de la reparación civil, esto, siempre en cuando que la labor a desempeñar sea formal, estando lejos de la realidad, pues se ha visto que la mayor parte de los reclusos que cumplieron una pena trabajan de manera informal siendo

inaccesible la información de cuanto percibe al mes y de difícil embargo, agravándose aún más en el supuesto que sentenciado no trabaja.

En efecto, nuestra jurisprudencia se ha apreciado que no es garantista cuando de reparación civil se trate, pues tanto el Estado como el órgano judicial no establece mecanismos idóneos para cubrir con la insolvencia del causante, aumentándose la posibilidad que la víctima no pueda cobrar la reparación civil.

Los mandatos judiciales que ordena el pago de la reparación civil no son cumplidas usualmente por los sentenciados insolventes, pasando a reiterar en diversas ocasiones el pago de dicha reparación bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada, sin que esto se ejecute, teniendo como última alternativa el bajo apercibimiento de proceder a la inscripción en el registro de deudores de reparación civil, conforme a la ley 30353, que evidentemente este alternativa no ayuda que el sentenciado pueda cumplir con el mandato judicial, como si hubiera alguna esperanza de que quién no paga hoy, lo hará mañana. Francamente, es iluso.

En ese sentido, vale la pena preguntarse si la protección de la insolvencia no podría conseguirse por otros medios, analicemos la jurisprudencia española reconocido hace muchos años mediante la STS, 1ª, 25.11.1969, en la que se afirmaba «Cuando el responsable es insolvente, el ordenamiento jurídico dispone de fórmulas para evitar que la insolvencia del culpable sea asumida por una víctima inocente. Así, y al margen de los mecanismos procesales de ejecución de sentencias de condena, el ordenamiento puede exigir la contratación de un seguro previo, una limitación legal de responsabilidad o, como

veremos a continuación, la concurrencia de personas que se suman al causante para compensar a la víctima.» (p. 204)

Asimismo, agrega que: «(...) la obligación de resarcimiento del asegurador no puede calificarse de solidaria con el asegurado, pues, aunque haya pagado la indemnización, la entidad aseguradora no puede repetir después contra el asegurado; (...)». (p. 224)

Como podemos apreciar la jurisprudencia española a puesto una alternativa más para lograr que un sentenciado insolvente pueda lograr cumplir con la reparación civil, siempre en cuando que el sentenciado sea declarado insolvente previa acreditación, pues, se debe considerar que pueda existir una insolvencia fraudulenta prevista en el artículo 209° del Código Penal. Pasando este examen, resulta prudente aplicar este mecanismo planteado por la jurisprudencia española en convenir con una aseguradora o una financiera, este último vendría a ser lo más apropiado en nuestro medio, a efectos que esta entidad financiera tenga los medios suficientes para cubrir el pago a favor de la víctima y cuenta con el personal para recurrar el crédito financiado a favor del sentenciado insolvente, claro, como bien advierte la jurisprudencia española con la ayuda de personas que se suman al causante, es decir, como familiares que avalaría el crédito.

En otras palabras, la víctima queda satisfecha de la reparación civil cobrado, mientras la financiera podrá cobrar al sentenciado o al aval en otra vía, mediante mecanismos propuestos por el Código Civil y Procesal Civil, como por ejemplo la ejecución de garantía, la obligación de dar suma de dinero, entre otros.

Esta alternativa paliaría de forma significativa reduciendo la cantidad de sentenciados insolventes que no cumplen con el pago de la reparación civil, pues debemos tomar en consideración que no todas las familias de los sentenciados podrán avalar a un insolvente, más aún cuando tienen referencias que el obligado nunca ha trabajado o su irresponsabilidad irrestricta.

Este mismo mecanismo se utilizaría cuando de prestación alimentaria se trata en el supuesto hecho que la menor resultaría embarazada por la agresión sexual, esto, cuando no se puede entablar una medida cautelar por insolvencia del agresor, en otras palabras, este dispositivo ayudará a amortizar los devengados de la pensión alimentaria.

Sin embargo, el problema se acerca cuando el sentenciado insolvente no cuenta con familiares que quiera avalarlos, siendo evidente que la reparación civil no será cumplida. En este contexto, debemos analizar si el Estado tiene la obligación de cubrir la reparación civil a favor de la víctima en caso que exista inejecutabilidad de la reparación civil a efectos de garantizar la tutela judicial efectiva.

En esa línea de ideas, la Constitución Política del Estado protege derechos fundamentales de toda persona, como el derecho a la intimidad, derecho a la salud, derecho a la vida, a la integridad psicofísica de la persona y las afecciones espirituales legítimas, derecho al libre desarrollo y demás derechos personalísimos, en consecuencia rechaza a todo tipo de daño, por tal razón ha creado mecanismos como la responsabilidad civil a efectos que se repare el daño volviendo a su estado anterior, tal como lo establece Fernández Cruz (2015)

La protección de la persona humana, como sabemos, tiene una protección constitucional en el Perú. Toda persona tiene derecho, nos dice el numeral 1) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, a la vida, a su integridad, a su integridad moral, psíquica y física (entidad psicosomática del sujeto) y a su libre desarrollo y bienestar, siendo esto último – contra lo que algunos ignoran o pretenden ignorar exprofesor – la base constitucional del daño existencial peruano, es decir del llamado daño al proyecto de vida. (p. 185)

Sin embargo, que sucede si el mecanismo de ejecución de la reparación civil impuesta por el Estado no funciona, pues al tratarse de un sentenciado insolvente que no trabaja y no cuenta con familiares que lo avalen, es notorio que la reparación civil no se va a ejecutar, por consiguiente, no existe una tutela judicial efectiva.

Por otro lado, la víctima se le ha vulnerado los derechos establecidos el numeral 1) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, pues no cuenta con una vida digna, se ha resquebrajado su integridad moral, psíquica y física, así como también se ha dañado su proyecto de vida, sin embargo, el Estado no cuenta con los mecanismos idóneos para ejecutar a un sentenciado insolvente; en consecuencia cabe preguntarse si el Estado como garante del cumplimiento de la ley podrá cubrir el pago de la reparación civil.

Por su parte, el artículo 2° inciso 24° literal h de la Constitución Política del Estado establece: «Toda persona tiene derecho: 24. h) Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. (...)»; este precepto normativo se desprende la prohibición de someter a tortura, tratos inhumanos humillantes a las personas, este

hecho puede suscitarse en los delitos de agresión sexual que «(...) vulnera la integridad física si la persona sufre daños que le producen incapacidad para trabajar, enfermedad, deformación, mutilación, perturbación funcional o alteración de las facultades mentales.» (Mesías Ramírez, 2004, p. 95)

El Estado garantiza el efectivo goce de los derechos fundamentales, es decir, su deber es el de respetar y hacer respetar los derechos constitucionales requiriendo mayor enfoque y atención por parte del Estado, cuando se trate de víctimas de violación sexual, más aún cuando se trata de menores de edad, quienes gozan de mayor protección especial por parte del Estado quien debe otorgarle una tutela judicial efectiva en cuanto a la reparación civil se trate. Por tal razón el Estado deberá de obtener medios necesarios para superar la resistencia del sentenciado e incluso el Estado en su condición de garante es responsable solidario, deberá cubrir la reparación civil a favor de la víctima de manera inmediata, sin perjuicio que el Estado logre cobrar al sentenciado en el transcurso del tiempo. Estando de acuerdo con el profesor Mesías Ramírez (2004) al señalar lo siguiente:

Pero si el obligado a cumplir la sentencia se resiste, el Estado debe emplear los medios necesarios para superar la resistencia, haciendo uso de la fuerza si es necesario. Las medidas conducentes a garantizar la eficacia de los fallos tienen que ser oportunas, pues si se adoptan con una tardanza excesiva el derecho se habrá visto afectado. De ahí que también son violatorios de la tutela jurisdiccional, las paralizaciones sucesivas de la ejecución de la sentencia amparadas en articulaciones impugnatorias orientadas a impedir indefinidamente la forma ejecutada. (p. 343)

En otras palabras, el sentenciado al no contar con los medios suficientes para cubrir con toda la reparación civil, ahí entra a tallar el Estado como responsable solidario a fin de otorgar la reparación respectiva, mientras el sentenciado deberá ser ejecutado por el Estado quien cubrió dicha reparación.

Asimismo, lo manifiesta Campoverde Sánchez (2015) establece que: «En caso que el condenado no cuente con los recursos suficientes y no tenga bienes, o los bienes que tenga no sean suficientes para cubrir la indemnización, lo corresponde al Estado en asumir la reparación integral de la víctima, sin perjuicio de que posteriormente pueda repetir en contra del condenado. Esta responsabilidad solidaria no contempla todos los rubros indemnizatorios, solamente se refiere a los tratamientos médicos, psicológicos y social que debe recibir la víctima» (p. 151).

En ese orden de ideas, el Estado con todos sus mecanismos de prevención y protección de cualquier tipo de delito viene a ser garante, en consecuencia, también es atribuible que indemnice y repare a favor de la víctima de violación sexual, en el supuesto que el sujeto activo no tenga los medios ni las condiciones para cubrir la reparación civil, pudiendo ser cobrado posteriormente por el Estado. Garantizando de esa forma la ejecución que tiene como propósito en salvaguardar los derechos de la víctima de violación sexual, sin embargo, para Campoverde el Estado sólo cubrirá los gastos del tratamiento médico, psicológico y social.

La propuesta quedo en hoja, puesto en ningún país de Latinoamérica o de Europa ha consignado en sus normas para que la reparación civil sea cubierta por el Estado en caso de insolvencia por parte del sentenciado, sin embargo, la tesista Iman Arce Raquel (2015) en su tesis titulado: "Criterios para una

correcta interpretación de la reparación civil en sentencia absolutoria en el nuevo Código Penal” hace un análisis de la legislación boliviana citando a Gotia indica lo siguiente: «un aspecto interesante es el que señala el Código Penal, en cuanto a que a efecto de poder rehabilitar al sentenciado, previamente debe de haber satisfecho la responsabilidad civil, lo cual contribuye de alguna forma con el objetivo del pago. Por otro lado, el mismo cuerpo de leyes crea la Caja de Reparaciones, que consiste en que el Estado asume la obligación de pagar las reparaciones cuando el ofensor se encuentre en insolvencia o incapacidad de realizarla, sin embargo si bien el fin fue interesante este nunca se cumplió» (p. 33)

Esta fórmula expuesta puede sonar absurda para algunos, puesto que el Estado no puede hacerse responsable de todos los casos de violación sexual disminuyendo el presupuesto del Estado y sería injusto que el causante del delito se libraría de dicha responsabilidad civil; sin embargo, el Estado no sólo puede reparar a la víctima mediante montos cuantiosos como bien se ha podido observar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Cantoral Benavides donde se ha resuelto una novedosa y equitativa reparación por el daño al proyecto de vida bajo el principio de satisfacción, toda vez que dispuso que el Estado proporcione a la víctima una beca de estudios, así como también los gastos de manutención durante el periodo que dure los estudios elegidos en un centro de reconocida calidad académica.

Esta solución que acoge la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pone a un Estado garante ante un sentenciado insolvente, en efectuar una reparación que el propio Estado ya cuenta y que no lo resultaría difícil de cumplir, pues, como un organismo que tiene diversas

instituciones, entre ellas académicas, se le estaría otorgando una beca a la víctima menor de edad, esta propuesta no vendría a ser tan descabellada, así mismo, el juzgador debería ordenar que un Hospital de la Región a efectos que la víctima de violación sexual pueda asistir a una terapia médica y psicológica.

De esa forma, se tratará de paliar los daños ocasionados por la conducta delictiva, en participación conjunta del Estado y del Poder Judicial. Pese que el sentenciado insolvente no ha pagado la reparación civil se advierte que se tiene mayor garantía para que la víctima pueda vivir de manera digna, con salud mental y satisfacción al observar que su proyecto de vida no ha sido truncado, puesto que se ofrece educación superior gratuita, de esa forma la víctima sentirá que el Estado lo brinda mayor protección.

Por otro lado, en el supuesto hecho que la menor se encuentra embarazada por la agresión sexual, es eminente que se acumule una pretensión más de asistencia alimentaria en el proceso penal, pero esto no se ejecutaría por insolvencia económica del agresor, a parte de la aplicación del artículo 149° del Código Penal, se deberá buscar otras alternativas a fin que se obtenga un grado de satisfacción de la víctima; por ejemplo la aplicación del artículo 475° del Código Civil que establece: «Los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se presentan en el orden siguiente: 1. Por el cónyuge, 2. Por los descendientes, 3. Por los ascendientes, 4. Por los hermanos» (p. 133); del precepto normativo se desprende que la obligación de prestar alimentos corresponden también a los descendientes, es decir a los padres de la menor o del agresor, sin embargo esta pretensión se debería dilucidar exclusivamente en la vía civil más no en el proceso penal. En este aspecto resulta

imposible que se emite una jurisprudencia ordenando al Estado que cubra dicha obligación alimentaria, pues de hacerlo estaríamos frente a un caos social poniendo en peligro el presupuesto Estatal.

Por último, en el supuesto caso que el obligado de la reparación civil fallece, sin embargo, este cuenta con bienes patrimoniales, el legislador ha previsto este supuesto conforme lo indica el artículo 96° del Código Penal que predispone: «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 a exigir la reparación civil se transfiere los herederos del agraviado.» (p. 132). Del precepto normativo se desprende que la responsabilidad civil es transferible a los herederos del causante quien en vida cometió un delito causando daños a la víctima, por consiguiente, la reparación civil será cumplida por los herederos mediante los bienes patrimoniales dejadas en herencia.

2.1.16. Accesoriedad de la Pretensión Civil en el Proceso Penal.

Que, el carácter accesorio conlleva que dentro del proceso penal se puede solicitar una reparación civil, siempre en cuando la acción penal se encuentra vigente, quedando claro que la acción civil está subordinada al desarrollo de la acción penal, de lo contrario la acción civil no prospera, siendo evidente que ambas disciplinas no son autónomas por el simple hecho de llevarse a cabo en el proceso penal, trayendo como efecto que la pretensión civil sea llevado bajo las reglas y criterios de un derecho público a efectos de cumplir los fines punitivos, llevando a una reparación civil exiguo. Como bien dice Nazira Merayo (2016): «La accesoriedad implica que la pretensión civil no se sustenta por sí sola, sino que se subordina a la promoción de la pena, carece de autonomía, y en cuanto a la pretensión penal no sea promovida o continuable, tampoco la pretensión civil lo será

en el proceso penal. La acción civil sólo puede ser ejercida cuando la pena principal esté pendiente.» (p. 8.).

Este criterio de la accesoriedad no es aplicado en nuestro país, conforme se advierte en el artículo 12° numeral 1° del Código Procesal Penal (2016) establece lo siguiente: «El perjudicado por el delito podrá ejercer la acción civil en el proceso penal o ante el Órgano Jurisdiccional Civil. Pero una vez que se opta por una de ellas, no podrá deducir en la otra vía jurisdiccional.» (p. 435.), de la citada norma se desprende que la víctima tiene dos opciones para pretender la reparación del daño; la primera poder incorporarse como actor civil en el proceso penal a efectos de solicitar que se indemnice por los daños ocasionados producto del ilícito; mientras la segunda alternativa, el agraviado puede accionar en la vía civil para pretender el resarcimiento del menoscabo del bien patrimonial o extrapatrimonial, cuyo daño fue derivado por un hecho delictivo.

En ese sentido, en el proceso penal se puede determinar la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, llegando a conocer una acción penal y una acción civil resarcitoria, siendo que a pesar de las diferencias ya conocidas por todos, entre la acción civil y la acción penal, depende pues la civil de la penal, ya que debe de existir un proceso penal para que por razones de economía procesal y en relación al principio de justicia pronta y cumplida, se incluya la pretensión civil dentro del proceso, haciendo la indicación de que debe de existir un nexo causal entre el daño causado y el delito acusado, sea pues que el daño debe de haberse producido en razón del ilícito penal.

En ese contexto no se debe pensar que la acción civil viene a ser accesoria de la penal y más aún cuando nuestro país ha visto por conveniente que tanto como la acción penal y como la acción civil deberá llevarse en el proceso penal, cada uno con sus respectivas

pretensiones; sin embargo la víctima puede reservarse de recurrir a la vía civil a efectos de pretender la reparación civil, en consecuencia el proceso penal no se pronunciará sobre dicha reparación más sólo la responsabilidad penal por la conducta ilícita del acusado, tal como bien lo explica Gálvez Villegas (2012):

(...) la acción penal, así como la civil deben ejercitarse en el proceso penal; sin embargo, deja a salvo la facultad del agraviado de reservarse el derecho de recurrir a la vía civil y pretender la correspondiente reparación en dicha vía, vale decir, concede al agraviado la facultad de elegir la vía judicial en la que ejercerá su pretensión resarcitoria. En este último caso, de elegirse la vía civil o reservarse el derecho de utilizar esta vía, en el proceso penal, (...), no se ventilará la acción resarcitoria, y por tanto no habrá parte civil ni agraviado con pretensión resarcitoria, y el proceso concluirá sin pronunciamiento respecto a la reparación civil. (p. 137)

Este sistema adoptado por nuestro país se deberá emplear de manera adecuada y correcta, de lo contrario estaríamos cayendo un grave error ante la mala aplicación de la reparación civil dentro del proceso penal, toda vez que la acción civil no viene a ser un carácter accesorio de lo penal para cumplir sus fines de este, trayendo como consecuencia una grotesca reparación civil a ser fijados por criterios del derecho público.

En ese sentido, no viene a ser correcto que la acción civil sea accesorio a la acción penal, pues es posible analizar la pretensión punitiva y la pretensión resarcitoria, de manera independiente, por ser de distinta naturaleza, pese que ambos se encuentran en un proceso penal, ambas disciplinas son autónomas en su pretensión persiguiendo sus propios fines, sin que el derecho penal utilice a la pretensión resarcitoria, debiendo tener en claro que no son accesorios, por tanto en el proceso penal se evalúa tanto la

responsabilidad penal como la responsabilidad civil, ambas de forma autónoma.

2.1.17. Pretensión Derivados en los Delitos de Violación Contra Menores de Edad.

A. Pretensión Punitiva.

Cuando se realiza un hecho, catalogado por la norma como punible, esto, acarrea una consecuencia penal que es perseguida por el Ministerio Público que tiene por objeto el derecho penal, que viene a ser la sanción punitiva que se le atribuye al responsable penal.

Es decir, el Ministerio Público pretende la sanción punitiva en base a las proposiciones fácticas que expone de los hechos imputados, efectuando una calificación jurídica del hecho punible, generando de esa forma el título de imputación que se le consigna al imputado.

La pretensión punitiva que persigue el Ministerio Público debe estar justificada en función del hecho punible, que será corroborado en base de las pruebas y aplicada en la norma jurídica. Solo de esa forma, la pretensión punitiva será justificada, toda vez que esta teoría del caso armado es razón suficiente para que el Ministerio Público inicie la persecución penal contra el procesado, pretendiendo una sanción penal.

En ese sentido, el Ministerio Público acciona penalmente contra el procesado, teniendo una pretensión punitiva que conlleva dos elementos, la primera viene a ser la petición de la pena que no es otra cosa más que, como dice Mendoza Aymas (2014): «El petitorio de clase y monto de pena, es el objeto de la pretensión, constituye su núcleo y punto de referencia en función del cual giran los fundamentos - (...)» (p. 97.); mientras el segundo

consiste en el fundamento fáctico que son la construcción de proposiciones fácticas que se centran el debate oral que solo será justificado por pruebas sin tener la posibilidad de contradicción. Ambos elementos son ideales para que la pretensión punitiva sea materializada en la decisión judicial.

B. Pretensión Resarcitoria.

El Código Procesal Penal no sólo determina la responsabilidad penal del agente, sino también garantiza la reparación del daño causado por el hecho delictivo, constituyendo un derecho de interés meramente privado, pues habrá la posibilidad de discutir una pretensión civil en sede penal, toda vez que esta obligación resarcitoria ha surgido por un hecho punible que también sería materia de discusión y solución en el proceso penal.

Este Código no solamente ha reconocido los derechos del agraviado, sino ha entablado diversos mecanismos para su ejecución al ser una pretensión autónoma que se ha acumulado en el proceso penal, que será pronunciada mediante una debida motivación en la sentencia. Esta acumulación de pretensión será solicitada por el agraviado al incorporarse al proceso penal como actor civil, en su defecto el Ministerio Público efectuará la acumulación de acciones por su carácter facultativo, pretendiendo la reparación civil y la sanción penal, tal como lo ha señalado el Acuerdo Plenario Nro. 5-2011(CJ-116) (2011) en el fundamento siete que establece lo siguiente:

El Código Procesal Penal de 2004 establece que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito; además, estipula que, si éste último se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso: artículo 11º, apartado 1), del citado

Código adjetivo. En tal virtud, la participación del Ministerio Público será por sustitución, esto es, representa un interés privado. Por ello, su intervención cesa definitivamente cuando el actor civil se apersona al proceso. (p. 01)

En esa línea de ideas, se desprende que la pretensión resarcitoria persigue un interés privado, más no público como el derecho penal; en ese sentido el perjudicado como un ente privado tiene el derecho de acción civil dentro del proceso penal, pues la víctima ha sufrido pérdidas patrimoniales y/o menoscabos de naturaleza extrapatrimonial producidos por la comisión de un delito, en consecuencia el agraviado viene a ser el titular para constituirse como actor civil en el proceso penal, pretendiendo la reparación del daño causado; al amparo del artículo 98° del Código Procesal Penal (2016) que señala: «La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, es su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito.» (p. 455.).

Para ser titular de la acción civil es necesario ser perjudicado a nivel patrimonial o extrapatrimonial a consecuencia del hecho punible, en ese sentido el titular de la acción civil le asiste el derecho de ser resarcido por la existencia de la responsabilidad objetiva que surgió por el hecho punible; es decir el agraviado podrá pretender la acción resarcitoria, para obrar precisando el daño causado, pues tiene la legitimidad y el interés como bien lo describe el Magistrado del Cuarto Juzgado Penal de Lima Morales Córdova (2012):

(...) el Juez de Investigación Preparatoria al momento de la calificación del pedido de constitución en actor civil,

adicionalmente a los requisitos contemplados para dicho fin (legitimidad procesal e interés para obrar) pueda exigir los requisitos exigidos para una pretensión civil (Artículo 424° del Código Procesal Civil), debiendo por lo tanto el accionante civil precisar el tipo de daño reclamado (...). (p. 3)

En efecto, el perjudicado podrá incorporarse como actor civil al proceso penal, pretendiendo la acción resarcitoria bajo los requisitos expuestos en el artículo 100° del Código Procesal Penal (2016) que prescribe: «1. La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria. 2. Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad: a) Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal; b) La indicación del nombre del imputado y, en su caso, el tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder; c) El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y d) La prueba documental que acredita su derecho conforme al artículo 98°.» (p. 454 – 455)

Como se advierte del párrafo precedente, se deberá de precisar las causas que ha generado la responsabilidad civil, justificado la pretensión resarcitoria, así como prueba documental que acredite el quantum indemnizatorio que pretende, individualizando los daños sufridos a causa del hecho delictivo.

C. Pretensión Cautelar.

En el proceso penal, existe un instrumento destinado a ejecutar el cumplimiento de la decisión judicial proveyendo al ciudadano todos los medios para garantizar la efectividad de las resoluciones judiciales. Entre estos instrumentos procesales

viene a ser las medidas cautelares personales y reales el primero garantiza la efectividad y el cumplimiento de la sanción penal y solo pretendida exclusivamente por el Ministerio Público; mientras la medida cautelar real busca evitar la imposición de las consecuencias patrimoniales del delito, toda vez que los imputados ocultan o transfieren los bienes a fin de evitar los pagos de la reparación civil. Esta medida cautelar real es pretendida por el Ministerio Público o el actor civil, como bien lo explica Gálvez Villegas (2016):

(...) en la gran mayoría de casos, el procesado o demás sujetos comprendidos en el proceso (terceros civiles, personas jurídicas, etc.), conocedores de sus respectivas responsabilidades, pueden tratar de frustrar el logro de los fines del proceso y evadir la aplicación de las consecuencias previstas para el delito, para ello, el ordenamiento jurídico ha previsto las medidas cautelares. (p. 362)

En ese sentido, las medidas cautelares reales tienen como función de evitar que evadan la obligación de la responsabilidad civil del imputado que deberá ser pagado mediante el patrimonio del imputado, impidiendo que durante el proceso el sujeto activo realiza actuaciones dañosas o perjudiciales a efectos de no cumplir con la reparación civil impuesta por la sentencia.

D. Pretensión de Alimentos y Filiación.

Dentro del proceso penal no sólo se pretende la responsabilidad penal o el resarcimiento del daño, sino también otros derechos más que han sido quebrantados de alguna forma por el hecho punible, es decir como Gálvez Villegas (2016) señala: «(...)», en el proceso penal no solo se ejercita la pretensión punitiva sino que pueden ejercitarse varias pretensiones, incluso algunas de naturaleza civil, debiendo respetarse sus propios presupuestos

o mecanismos de ejercicio, acreditación, resolución y ejecución.» (p. 295)

En esa línea de ideas, en el proceso penal también puede pretenderse los alimentos y la filiación de un menor de edad desamparado a consecuencia de un hecho punible, por ejemplo, en el delito de violación sexual contra los menores de edad donde resultan embarazadas las víctimas por la agresión sexual, por ende, la prole se encuentra en riesgo de no lograr subsistir al carecer de alimentos, vestimenta, refugio, etc. En ese sentido el órgano jurisdiccional ampara los derechos del menor otorgado la pensión alimenticia que será abonado por el sujeto activo, al amparo del artículo 178° del Código Penal (2016) establece: «En los casos comprendidos en este capítulo el agente será sentenciado, además, a prestar alimentos a la prole que resulte, aplicándose las normas respectivas del Código Civil.» (p. 162)

En efecto, debemos de quitarnos la idea que en el proceso penal sólo se pretenderá la pretensión punitiva, sino también existen diferentes pretensiones de naturaleza civil u otras disciplinas del derecho ligadas al hecho punible, esto con la finalidad de respetar el principio de economía procesal para ver la posibilidad de no acudir en otras vías pudiendo solucionar en el proceso penal de manera autónoma de la sanción penal.

2.1.18. Tutela Judicial Efectiva en Menores Víctima de Violación Sexual.

A. Nociones Generales.

Para el profesor Cáceres Julca (2009) doctor de la Universidad de San Martín de Porres establece que «la tutela judicial efectiva que comprende el derecho a obtener un fallo razonable a su pretensión, que se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado por el daño sufrido» (p. 23)

Por su parte, el profesor catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Rodríguez Hurtado (2008) establece que la tutela judicial efectiva viene a ser «el acceso a los órganos jurisdiccionales adquiere capital significativo tanto de la perspectiva de la sociedad, a quien importa la resolución de los conflictos suscitados por el delito, como para el agraviado y sus legítimos reclamos de resarcimiento e indemnización» (p. 154)

La Segunda Sala del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 4080-2004. AC/TC. Ica (2004): «El derecho a la tutela judicial efectiva está reconocido en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 139º, inciso 3º, donde, si bien aparece como “principio y derecho de la función jurisdiccional”, es claro tanto para la doctrina unánime como para la propia jurisprudencia de este Tribunal que se trata de un derecho constitucional que en su vertiente subjetiva supone, en términos generales, un derecho a favor de toda persona de acceder de manera directa o a través de representante, ante los órganos judiciales; de ejercer sin ninguna interferencia los recursos y medios de defensa que franquea la ley; de obtener una decisión razonablemente fundada en derecho; y, finalmente, de exigir la plena ejecución de la resolución de fondo obtenida.» (p. 6)

El derecho a la tutela judicial efectiva garantiza a toda persona para lograr determinar los derechos que corresponde a cada una de ellas, las obligaciones que se deberá cumplir conforme lo franquea la ley, en otras palabras Sánchez Velarde (2006): «Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.» (p. 250)

Por su parte el profesor Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre (2009) define a la Tutela judicial efectiva como: «un derecho subjetivo que tiene todo ciudadano de acudir a la administración de justicia a efectos de demandar que se le reconozca, extinga o modifique un derecho reconocido normativamente por el ordenamiento jurídico en sujeción a las normas que garantizan un Debido Proceso.» (p. 67)

Para el profesor Chamorro Bernal (1994) señala que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, asimismo Chamorro Bernal (1994), agrega que para «obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos judiciales» (p. 11.). En ese sentido, Chamorro Bernal (1994) dice: «los derechos y garantías procesales derivados de la tutela judicial efectiva, sólo se infringirán si: a) se niega u obstaculiza gravemente a la persona el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los Jueces y Tribunales; b) se le produce indefensión en el proceso donde se ventila esa pretensión; c) no obtiene una resolución razonable y fundada en Derecho; d) la resolución obtenida no es efectiva» (p. 12.); en esa misma línea el Profesor Mendoza Aymas (2014) señala que «El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva despliega sus efectos en tres momentos distintos; el primero el acceso a la justicia; el segundo en el proceso a efectos que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable; y el tercero una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de su pronunciamiento». (p. 58)

De la misma posición Felices Mendoza (2011) señala que la tutela judicial efectiva integra diversas manifestaciones tales como: a) derecho de acceso a la Justicia, b) derecho a obtener

una resolución fundada en Derecho, c) derecho a los recursos legalmente previstos, y d) derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. (p. 85)

Por su parte el inciso 3° del artículo 139° de la Constitución Política del Perú establece la intangibilidad de las situaciones jurídicas declaradas en las sentencias, debiendo los tribunales adoptar las medidas necesarias para garantizar su efectivo y preciso cumplimiento; así mismo lo establece el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder judicial al señalar que toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala; así mismo establece que no se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Sin embargo, en la praxis jurídica se observa que la ejecución para ser efectivo el pago de la reparación civil por más irrisorio que esta sea se expone en diversas trabas dilatorias, en su mayoría de los casos los agresores sexuales arguyen no contar con la cantidad requerida y esto se agrava aún más cuando en el transcurso del proceso penal se la ha interpuesto la medida de prisión preventiva sin que el procesado perciba ningún ingreso económico por no tener un trabajo producto de su encierro, siendo que el propio derecho penal genera trabas para que el sujeto activo del delito no logre reparar de manera integral a la víctima, pese que tanto como la acción penal y la

acción civil estén inversos en el proceso penal, pero están completamente divorciadas en el aspecto de lograr proteger los derechos a la víctima, pero ambas disciplinas se buscan para que cumplan su finalidad, mientras el derecho penal busca la reparación civil como base para fundamentar la resocialización del sentenciado y el derecho civil busca al derecho penal a efectos que este sirva de palanca coercitiva para el cumplimiento de dicha reparación.

Como se puede apreciar el propio derecho penal produce las trabas para el cumplimiento de la reparación civil, llegando a una excesiva dilación afectando de ese modo los derechos de la víctima a ser rehabilitada y restituida los derechos que dejaron de gozar producto de la agresión, pese a la existencia de la sentencia muchas veces no se cumple en el extremo de la reparación civil, recordando que se trata de un hecho delictivo delicado para la víctima quien en su condición psicológica inestable muchas veces abandonan su pretensión en el proceso penal. De esa forma se demuestra que no se logra ejecutar la sentencia que ordena el pago de la reparación civil siendo ineficaz para salvaguardar la tutela judicial efectiva a favor de la víctima; por lo que el Estado deberá de obtener medios necesarios para superar la resistencia del sentenciado e incluso el Estado en su condición de garante es responsable solidario, deberá cubrir la reparación civil a favor de la víctima de manera inmediata, sin perjuicio que el Estado logre cobrar al sentenciado en el transcurso del tiempo. Estando de acuerdo con el profesor Mesías Ramírez (2004) al señalar lo siguiente:

Pero si el obligado a cumplir la sentencia se resiste, el Estado debe emplear los medios necesarios para superar la resistencia, haciendo uso de la fuerza si es necesario. Las medidas conducentes a garantizar la eficacia de los fallos tienen que ser

oportunas, pues si se adoptan con una tardanza excesiva el derecho se habrá visto afectado. De ahí que también son violatorios de la tutela jurisdiccional, las paralizaciones sucesivas de la ejecución de la sentencia amparadas en articulaciones impugnatorias orientadas a impedir indefinidamente la forma ejecutada. (p. 343)

En ese sentido, el no cumplimiento y la tardanza del pago de la reparación civil por parte del sentenciado, el mismo proceso penal no brinda las garantías para el pago efectivo a favor de la víctima, no salvaguardando la tutela judicial efectiva para la víctima.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional el profesor Mendoza Aymas (2014) señala que la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, precisan que en su dimensión subjetiva tiene como contenido esencial:

- Que toda persona acceda de manera directa, o a través de representante, a los órganos judiciales.
- Ejercer sin ninguna interferencia los recursos y medios de defensa que franquea la ley.
- A la producción amplia de prueba y su valoración razonada.
- obtener una decisión razonablemente fundada en derecho, y aproximativa a la verdad.
- Exigir la plena ejecución de la resolución de fondo obtenida. (p. 56)

Para llegar al objetivo de nuestra investigación hay que avocarnos sólo en estos dos últimos aspectos, el primero implica obtener una decisión razonablemente fundada en derecho, y aproximativa a la verdad, el contenido esencial de este derecho

es el de adquirir una resolución de fondo jurídicamente motivada de acuerdo a la pretensión de la reparación civil para fijar la cuantía conforme a los daños producidos a la víctima de violación sexual.

Como se ha visto, la víctima de violación sexual adquiere el daño moral, daño a la persona, daño al libre desenvolvimiento social y daño al proyecto de vida, analizándose el daño emergente y el lucro cesante entre estos aspectos, por lo que se deberá de indemnizar, resarcir el daño y llegar a la rehabilitación completa de la víctima, que podría resultar incongruente con la reparación civil fijada de modo irrisorio por los jueces penales, toda vez que no toman en cuenta la magnitud del daño causado. Pues, como dice Mesías Ramírez (2004) «la congruencia también forma parte integrante a una tutela jurisdiccional como elemento imprescriptible de toda resolución que pone fin a un procedimiento» (p. 342)

Por todo lo expuesto se quebranta la tutela judicial efectiva al observar que los jueces penales no evalúan el monto de la reparación integral conforme a los criterios establecidos por el Código Civil y por la doctrina, evaluando los elementos para determinar la responsabilidad civil y analizando el alcance de los daños producidos a la víctima de violación sexual a efectos de fijar la cuantía indemnizatoria, tomando en cuenta la restitución del daño y la rehabilitación de la víctima para que se desarrolle en la sociedad. En consecuencia se infiere que esta omisión por parte de los jueces penales hace que emita una resolución sin fundamento en derecho para fijar la cuantía que en la mayoría de los casos son irrisorios, de esa forma no logra salvaguardar eficazmente la tutela judicial efectiva, tal como lo advierte el magistrado del Tribunal Constitucional Mesías Ramírez (2004) al establecer «desde un punto de vista de derecho positivo, la

tutela jurisdiccional efectiva supone el acceso al proceso y al uso de los mecanismos procesales previamente establecidos por la ley; en su faz negativa, implica la interdicción de la indefensión como una cláusula que engloba la prohibición de cualquier violación a la tutela jurisdiccional» (p. 338)

En esa línea de ideas, para llegar al objetivo de nuestra investigación hay que avocarnos sólo en estos dos aspectos, el primero implica obtener una decisión razonablemente fundada en derecho, y aproximativa a la verdad, el contenido esencial de este derecho es el de adquirir una resolución de fondo jurídicamente motivada de acuerdo a la pretensión de la reparación civil para fijar la cuantía conforme a los daños producidos a la víctima de violación sexual. Mientras el segundo, se refiere a la ejecución y el debido cumplimiento de las decisiones adoptadas por el juzgador en las resoluciones judiciales, utilizando diversos mecanismos para que se ejecute de forma fehaciente la reparación civil fijada por el juzgador.

Estos dos aspectos, se deberá analizar a efectos de determinar si existe una eficiente tutela judicial efectiva para la parte agraviada de la violación sexual que será explicada detalladamente a continuación.

2.1.19. Derecho a Obtener una Resolución Fundada en Derecho.

El artículo 139° inciso 5° de la Constitución del Estado (2016) establece: «Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 5) La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.» (p. 906), de la norma citada se desprende que las sentencias y los autos judiciales deben ser motivadas las decisiones que ha arribado el juzgador a efectos de

observar los fundamentos facticos y jurídicos que han conllevado a una decisión judicial favorable o no, como un modo de asegurar un adecuado control sobre la función decisoria a efectos de evitar posibles arbitrariedades, asegurando de esta forma la tutela judicial efectiva; como bien dice Neyra Flores (2010): «Como otra manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, se encuentra también el derecho a obtener una resolución, ello no implica que tal resolución sea estimatoria de las pretensiones deducidas, sino simplemente que sea una resolución jurisdiccional de fondo, fundada en derecho, cualquiera sea su sentido, favorable o adverso.» (p. 127)

Haciendo un análisis sistemático normativo, también se puede apreciar que el artículo 4° del Código Procesal Constitucional se desprende que la motivación de las resoluciones judiciales están vinculados al derecho del debido proceso y a la tutela judicial efectiva estipulado en el artículo 139° inciso 3° de la Constitución Política del Estado; en consecuencia se podrá decir que ante la vulneración de la motivación se estaría afectando el debido proceso y la tutela judicial efectiva, pues estos tres principios de alguna forma van de la mano.

En ese sentido, observamos que la motivación es importante cuando el órgano jurisdiccional exprese en el extremo de la materia controvertida, aplicando las normas sustantivas pertinentes a las pretensiones civiles o penales planteadas, en otras palabras Felices Mendoza (2011) dice: «La motivación de la decisión, es la contrapartida a la libertad decisoria que la ley ha concedido al juzgador para, por un lado, aplicar e interpretar las normas, y de otra parte, para elegir entre dos o más opciones jurídicamente legítimas aplicables al caso.» (p. 302.). En esa línea de ideas, el juzgador utilizará la motivación como una herramienta para justificar de forma racional y razonable la decisión optada, como bien lo explica el Profesor Colomer Hernández (2003):

La motivación es la expresión de las razones y de las elecciones instrumentales realizadas por el juez para justificar la decisión final de la causa. Por tanto, en esencia la actividad jurisdiccional se apoya en la existencia de un ámbito de libertad concedido al juez por la ley para decidir, y correlativamente en la obligación del juzgador de fallar y resolver el conflicto. De ahí que se pueda exigir que el juzgador justifique la racionalidad y razonabilidad de su decisión. (p. 34)

En efecto, la motivación de las resoluciones judiciales puede ser conceptualizada como el argumento o razón del modo de solución de un conflicto, es decir trata de explicar y dar a comprender los motivos que ha conllevado al juzgador para fallar de determinada manera, en pocas palabras Cáceres J. (2009): «La justificación o motivación se refiere a las bases jurídicas en que se apoya la decisión que se ha tomado.» (p. 68)

No se debe llegar a pensar que una correcta motivación conlleva a fundamentar de manera amplia, pues pensar de esa forma es estar en un error, pues por más que este sea breve, respetando la congruencia de la pretensión y la decisión judicial, existiendo una norma jurídica que lo respalde, siendo este suficiente para ser calificado como una debida motivación, pues como dice el expediente Nro. 1230-2002-HC/TC (2002) «La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.» (p. 04)

Una vez detallado la importancia de la motivación, en la praxis judicial de los procesos judiciales de violación sexual contra menores de edad se advierte que las resoluciones judiciales no llegan a una correcta

motivación para determinar la cuantía de la reparación civil, siendo esta irrisoria y no justifica el alcance del daño quebrantando la tutela judicial efectiva al observar que los jueces penales no evalúan el monto de la reparación integral conforme a los criterios establecidos por el Código Civil y por la doctrina, evaluando los elementos para determinar la responsabilidad civil y analizando el alcance de los daños producidos a la víctima de violación sexual a efectos de fijar la cuantía indemnizatoria, tomando en cuenta la restitución del daño y la rehabilitación de la víctima para que se desarrolle en la sociedad.

En consecuencia se infiere que esta omisión por parte de los jueces penales hace que emita una resolución sin fundamento en derecho para fijar la cuantía que en la mayoría de los casos son irrisorios, de esa forma no logra salvaguardar eficazmente la tutela judicial efectiva, tal como lo advierte el magistrado del Tribunal Constitucional Mesías Ramírez (2004) al establecer «desde un punto de vista de derecho positivo, la tutela jurisdiccional efectiva supone el acceso al proceso y al uso de los mecanismos procesales previamente establecidos por la ley; en su faz negativa, implica la interdicción de la indefensión como una cláusula que engloba la prohibición de cualquier violación a la tutela jurisdiccional.»(p. 338)

2.1.20. Derecho a la Ejecución de las Resoluciones Judiciales.

Neyra Flores (2010) dice: «Esta manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva implica el cumplimiento de lo declarado por el órgano jurisdiccional. Así pues, en un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia resulte eficazmente cumplido.» (p. 129)

En cuanto al último aspecto referidos a la ejecución de la resolución de fondo obtenida, las mismas que Neyra Flores (2010) señala: «deberán ser cumplidas, porque de lo contrario los derechos o

pretensiones de las partes pueden verse convertidos en simples declaraciones vaciadas de eficacia» (p. 434)

Por su parte el inciso 3° del artículo 139° de la Constitución Política del Perú establece la intangibilidad de las situaciones jurídicas declaradas en las sentencias, debiendo los tribunales adoptar las medidas necesarias para garantizar su efectivo y preciso cumplimiento; así mismo lo establece el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder judicial al señalar que toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala; así mismo establece que no se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Sin embargo, en la praxis jurídica se observa que la ejecución para ser efectivo el pago de la reparación civil por más irrisorio que esta sea se expone en diversas trabas dilatorias, en su mayoría de los casos los agresores sexuales arguyen no contar con la cantidad requerida y esto se agrava aún más cuando en el transcurso del proceso penal se la ha interpuesto la medida de prisión preventiva sin que el procesado perciba ningún ingreso económico por no tener un trabajo producto de su encierro, siendo que el propio derecho penal genera trabas para que el sujeto activo del delito no logre reparar de manera integral a la víctima, pese que tanto como la acción penal y la acción civil estén inversos en el proceso penal, pero están completamente divorciadas en el aspecto de lograr proteger los derechos a la víctima, pero ambas disciplinas se buscan

para que cumplan su finalidad, mientras el derecho penal busca la reparación civil como base para fundamentar la resocialización del sentenciado y el derecho civil busca al derecho penal a efectos que este sirva de palanca coercitiva para el cumplimiento de dicha reparación.

Como se puede apreciar el propio derecho penal produce las trabas para el cumplimiento de la reparación civil, llegando a una excesiva dilación afectando de ese modo los derechos de la víctima a ser rehabilitada y restituida los derechos que dejaron de gozar producto de la agresión, pese a la existencia de la sentencia muchas veces no se cumple en el extremo de la reparación civil, recordando que se trata de un hecho delictivo delicado para la víctima quien en su condición psicológica inestable muchas veces abandonan su pretensión en el proceso penal. De esa forma se demuestra que no se logra ejecutar la sentencia que ordena el pago de la reparación civil siendo ineficaz para salvaguardar la tutela judicial efectiva a favor de la víctima; por lo que el Estado deberá de obtener medios necesarios para superar la resistencia del sentenciado e incluso el Estado en su condición de garante es responsable solidario, deberá cubrir la reparación civil a favor de la víctima de manera inmediata, sin perjuicio que el Estado logre cobrar al sentenciado en el transcurso del tiempo. Estando de acuerdo con el profesor Mesías Ramírez (2004) al señalar lo siguiente:

Pero si el obligado a cumplir la sentencia se resiste, el Estado debe emplear los medios necesarios para superar la resistencia, haciendo uso de la fuerza si es necesario. Las medidas conducentes a garantizar la eficacia de los fallos tienen que ser oportunas, pues si se adoptan con una tardanza excesiva el derecho se habrá visto afectado. De ahí que también son violatorios de la tutela jurisdiccional, las paralizaciones sucesivas de la ejecución de la

sentencia amparadas en articulaciones impugnatorias orientadas a impedir indefinidamente la forma ejecutada. (p. 343)

En ese sentido, el no cumplimiento y la tardanza del pago de la reparación civil por parte del sentenciado, el mismo proceso penal no brinda las garantías para el pago efectivo a favor de la víctima, no salvaguardando la tutela judicial efectiva para la víctima.

2.1.21. Acción Resarcitoria y Tutela Judicial Efectiva.

En el proceso penal no sólo garantiza los derechos que lo asiste al imputado al tratar de buscar la responsabilidad penal, sino también protege a la víctima en su afán de perseguir los derechos civiles vulnerados, que tienen tinte de patrimonial y extrapatrimonial que han desmeritado este derecho al momento de efectuarse el hecho delictivo; en ese sentido el proceso penal no puede excluir a la víctima que persigue la reparación civil, pues de hacerlo estaría vulnerando la tutela judicial efectiva, cuyo principio fundamental garantiza al agraviado pretender un resarcimiento de su interés privado dentro del proceso penal, como bien lo señala Gálvez Villegas (2016):

(...) no se desconocen ni restringen derechos del agraviado ni del procesado, al ventilarse ambas pretensiones (civil y penal) en el propio proceso penal, por el contrario, de este modo se facilita la resolución integral del conflicto creado por el delito, tanto de la perspectiva del interés público, así como del interés privado (del agraviado). (p. 239)

En efecto, en el proceso penal no se puede restringir pretensiones con interés privado que han surgido a consecuencia de un evento delictivo, garantizando de esa forma a la agraviada protección al interés privados que han sido mermados, siendo uno de las

finalidades del proceso penal el resarcimiento del bien jurídico privado, sin que esta pretensión sea excluida por el proceso penal.

Esta característica del proceso penal puede acarrear conflictos jurídicos, toda vez que dentro del proceso penal al tener una doble pretensión con distintas naturalezas jurídicas y más aún cuando son de diferentes disciplinas de la rama del derecho, como bien lo explica Villegas Paiva (2013):

Este problema presenta perfiles diferentes según se trate de acceder a los órganos jurisdiccionales del orden civil con el objeto de reclamar la restitución, reparación o indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del hecho ilícito, posibilidad reconocida generalmente en los distintos ordenamientos jurídicos, o de acceder a los órganos jurisdiccionales del orden penal, (...). (p. 101)

Esta situación de tener una doble pretensión de orden penal y civil se corre el riesgo que una de las disciplinas pueda convertir en un instrumento al otro a efectos de cumplir sus propios fines de la primera. Tal como se ha podido observar en la praxis, al emitir una resolución judicial que ordena al sentenciado pagar la reparación civil bajo apercibimiento de revocar la pena suspensiva, reformándola a una pena efectiva, siendo evidente la instrumentalización del derecho penal a efectos que se cumpla la reparación civil.

Si viene cierto que no se puede excluir en un proceso penal las pretensiones de interés privado mermados a causa de una conducta delictiva a efectos de amparar la tutela judicial efectiva a la víctima, titular del bien jurídico privado, pero también es cierto que dicha situación permitida por ley pueda acarrear problemas distorsionando la naturaleza jurídica de ambos; en ese sentido, se debe actuar

diligentemente al momento de accionar la pretensión en el proceso penal, pues las disciplinas que intervienen en el proceso penal son autónomas, cumpliendo cada uno sus fines.

2.1.22. Motivación y Tutela Judicial Efectiva.

La motivación es el único instrumento de tipo objetivo que se utiliza para evitar arbitrariedades por parte del juzgador, toda vez que expone abiertamente los motivos que determino la decisión adoptada. Este instrumento, garantiza al público que las razones de la decisión del juez están con arreglo a ley, como lo advierte Figueroa Gutarra (2014):

(...). En efecto, si el juez cumple con motivar su decisión, en realidad trasciende en la decisión final cómo ha argumentado la decisión, en qué medida ha construido adecuadamente sus argumentos, cuáles tipos de argumentos ha utilizado, cuál es la concepción interpretativa que subyace en la posición que adopta para resolver la controversia jurídica, (...). (p. 11)

En ese sentido, resulta lógico que el juzgador pueda motivar a toda decisión que adopta en el proceso penal, sin excluir a la pretensión civil, teniendo el deber de motivar las razones de consignar el monto de la reparación civil, en cuanto a Gálvez Villegas (2016) señala: «En cuanto al monto del resarcimiento pretendido este debe corresponderse con el tipo de daño sufrido y con el monto correspondiente de cada uno de estos. Ello determina significa que el quantum del resarcimiento debe estar determinado y detallado.» (p. 343.).

De esa forma, el juzgador podrá determinar el monto de la reparación civil, motivando la decisión judicial, pues de lo contrario se estaría vulnerando la tutela judicial efectiva, toda vez que la decisión del juez vendría en arbitraria o pecando de subjetividades, siendo necesario

de valorar los medios probatorios que acredita el alcance de los daños realizados a consecuencia del hecho delictivo, tal como lo expone Felices Mendoza (2011)

En todo sistema procesal la fundamentación y motivación de las decisiones judiciales relevantes, especialmente de la sentencia definitiva, constituye una garantía del derecho a un debido proceso, es un aporte de racionalidad en el proceso intelectual de valoración de las pruebas, de interpretación jurídica de las normas y aplicación de las mismas al caso concreto, alejando el arbitrio o la mera subjetividad.» (p. 211)

Pero, no solo el juzgador será el responsable en fundamentar su decisión adoptada, sino también la parte agraviada que participa en el proceso penal, podrá exponer los motivos de su pretensión y señalar el monto indemnizatorio que guardará relación con el alcance del daño y sin dejar de lado la relación de causalidad entre el bien mermado y la conducta delictiva, así lo expone la Sala Penal de la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario Nro. 5-2011/CJ-116 que en su fundamento Nro. 15 establece: «(...) sí bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado – que ejerce su derecho de acción civil – precise específicamente el quantum indemnizatorio que pretende.» (p. 5).

2.1.23. Motivación en las Disposiciones y Requerimientos del Ministerio Público.

La motivación no sólo se pone en práctica a nivel judicial, sino corresponde a toda autoridad que emita una decisión que afecta a las personas que se encuentra dentro de la relación cuestionable. Pues, si viene cierto que el artículo 139° inciso 5° de la Constitución Política del Perú se refiere a las decisiones judiciales que deberán estar debidamente motivadas, sin embargo, este precepto normativo no sólo acarrea a los jueces, sino a toda autoridad, incluyendo al

Ministerio Público, debiendo de interpretarse de manera extensiva el artículo citado, tal como lo advierte Castillo Alva (2012) al señalar:

El deber de motivar las resoluciones judiciales está consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado. Si bien dicho deber se encuentra recogido como una garantía constitucional aplicable en sede jurisdiccional, su vigencia se extiende a todos los niveles de los poderes del Estado y de los órganos constitucionalmente autónomos entre los que se incluye la actividad del Ministerio Público. (p. 317-318)

En efecto, el fiscal como autoridad y representante del Ministerio Público expide disposiciones y requerimientos, en cuanto al primero Coaguila Valdivia (2013) dice: «las disposiciones son expedidas normalmente durante la investigación preparatoria y en el ámbito fiscal para llevar a cabo los actos de investigación propios de su función» (p. 80.), en cuanto a los requerimientos fiscales Coaguila Valdivia (2013) señala: «se formulan cuando es indispensable autorización o resolución judicial sobre temas propios de los jueces de investigación preparatoria juzgamiento; lo que determina necesariamente que cada una de las decisiones fiscales contengan una motivación debida, (...)» (p. 80.). En ambos actos fiscales deberán estar debidamente motivados a efectos de jugar un papel muy importante de control ante la defensa técnica del imputado, del agraviado, y de la sociedad en general que permitan identificar la posible arbitrariedad de la decisión del fiscal, como refiere Dávalos Gil (2014):

De ahí que la importancia de la decisión fiscal radique – entre otros aspectos – en que la misma no sea arbitraria, sino que constituya una respuesta democrática esperada por los sujetos involucrados en el drama penal; sea que – la decisión fiscal – resulte favorable a uno y desfavorable a otro, lo importante es que siempre que esa decisión,

que ese acto volitivo, sea uno adecuado a la Constitución y al ordenamiento jurídico patrio, ya que finalmente, la decisión fiscal es expresión del Poder Fiscal, y todo acto de poder fiscal no debe ser arbitrario, sino racional y razonable. (p. 138)

El fiscal, también deberá efectuar una debida motivación al momento de pronunciarse en la disposición fiscal o requerimientos, en concordancia con el principio de objetividad el fiscal emitirá una decisión fiscal que entrará en concordancia con los fundamentos expuestos en la parte considerativa amparándose en la normatividad y en los hechos a efectos de no considerarse como una decisión arbitraria; Dávalos Gil señala (2014):

Una decisión fiscal, para ser catalogada como tal, debe cumplir con la debida motivación, porque solamente una decisión fiscal debidamente motivada será considerada como una decisión propia de un Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho. No olvidemos que la decisión fiscal (y no solo las resoluciones judiciales) constituyen mensajes para la colectividad, de modo que, si constituyen mensajes arbitrarios, estaremos enseñando a construir arbitrariedad, y ello está proscrito en nuestro país. (p. 138)

Estando claro que los fiscales también deberán emitir disposiciones y requerimientos debidamente motivados, se debe deducir que al momento de pronunciarse sobre la reparación civil que deberá responder el imputado, se debe considerar el alcance del daño que necesariamente se necesita de una motivación para consignar el quantum de la reparación civil a favor del agraviado del delito; sin embargo en la praxis judicial no se observa la práctica de la motivación referente a la reparación civil, pues todo parece indicar que las partes procesales se han acostumbrado en utilizar sólo la doctrina penal a efectos de determinar la responsabilidad penal, más no utilizan criterios civiles para determinar la suma de la reparación

civil, o al menos no logran materializar al momento de ser debidamente motivadas en las disposiciones o requerimientos fiscales.

El artículo 92° en el segundo párrafo del inciso 4° de la Ley Orgánica del Ministerio Público (2016) prescribe lo siguiente: «En ambos casos la acusación escrita contendrá la apreciación de las pruebas actuadas, la relación ordenada de los hechos probados y de aquellos que, a su juicio, no lo hayan sido; la calificación del delito y la pena y la reparación civil que propone.» (p. 765), del precepto normativo se puede inferir que la acusación como un tipo de requerimiento fiscal propone la reparación civil en base a las pruebas del alcance del daño causado por la conducta delictiva, en otras palabras motivar la decisión del quantum de la reparación civil en base al daño causado a la agraviada, pues de no advertir el alcance del daño no existiría una tutela judicial efectiva a favor de la agraviada al no cubrir el total de la reparación civil, tal como bien lo señala Villegas Paiva (2014).

Con ello, a su vez, queda puesto de relieve que, en el caso de las presuntas víctimas de un delito, el derecho que tienen a la debida motivación de las resoluciones judiciales va unido al derecho a la verdad (por el cual el Estado debe adoptar todas las medidas posibles para esclarecer los presuntos hechos delictuosos). Así, ligado con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. (p. 116)

En ese sentido, si el fiscal no logra motivar debidamente para lograr determinar el monto de la reparación civil, esto tendrá como único perjudicado a la parte agraviada del delito, generando desconfianza al sistema de justicia que se brinda y razón no lo faltaría, toda vez que las autoridades no han logrado cubrir los gastos ocasionados a efectos de tratar de reparar el daño causado, pues no se ha logrado identificar correctamente el alcance del daño, siendo necesaria la aplicación de la motivación en los actos fiscales para ser defendida la

tesis propuesta ante el juzgado que finalmente decidirá mediante resoluciones judiciales. Es decir, lo que se busca en una relación procesal es la verdad o al menos aproximarse a ella, y para lograr dicho fin es preciso efectuar la motivación tanto del fiscal, de la defensa técnica y del Juez para lograr debatir utilizando los criterios civiles a fin de determinar la responsabilidad civil y su cuantía reparatoria del daño a efectos de no vulnerar la tutela judicial efectiva de la parte agraviada.

2.1.24. Tutela Judicial Efectiva y Resarcimiento.

La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental a efectos de ejercitar nuestros demás derechos e intereses legítimos sin ningún tipo de indefensión, esto no quiere decir que la decisión judicial va ser favorable a quien lo acciona, sino que el proceso va seguir con las diversas garantías a fin de tener un proceso imparcial entre las partes sin ningún tipo de prejuicios basados en otros ídoles ajenos a la objetividad de la causa basándose en los hechos probados y en la normatividad, como lo explica Mendoza Aymas (2014)

El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva no implica obtener una decisión judicial conforme a las pretensiones formuladas por el sujeto de derecho que lo solicita o peticiona; sino más bien garantiza que el órgano jurisdiccional emita una resolución conforme a derecho y la prueba en el proceso, siempre que se cumplan los requisitos procesales mínimos para ello. Este derecho supone obtener una decisión judicial respecto de las pretensiones propuestas, decisión que puede ser favorable o desfavorable a las pretensiones ejercidas. (p. 57)

En ese sentido, la parte agraviada en su condición de actor civil tendrá que solicitar la pretensión civil a efectos que se le otorgue un monto indemnizatorio para ser reparado el daño, debiendo ser amparada esta acción a fin de seguir un debido proceso, utilizando la debida

motivación del fiscal y del juzgador para determinar la responsabilidad civil y su quantum reparatorio para resarcir el daño, teniendo las partes procesales la garantía que la decisión del órgano jurisdiccional no sea arbitraria, sino que se acercó a la verdad, pues ha considerado los alcances del daño.

En efecto, dentro del proceso penal se puede lograr determinar la responsabilidad civil en relación al daño perpetrado por el delito, esta reparación deberá ser materializada por un monto económico a favor de la víctima que ha sufrido el daño en relación directa o indirecta, siendo esta el único medio de poder resarcir el daño, sólo de esta forma se otorga la tutela judicial efectiva al agraviado, debiendo ser cuidadosos en determinar el quantum indemnizatorio, pues de lo contrario se estaría vulnerando la tutela judicial efectiva, toda vez que no se reintegra de manera total a la parte afectada del delito, por tanto no logra cubrir los gastos para reparar el daño; así lo explica Fernández Cruz (2015)

(...) la tutela resarcitoria es una tutela propia del derecho patrimonial. Es decir, cuando se dice “se protege contra los daños”, en principio se protege siempre a través de costes económicos. Esto significa que si se admite la tutela del daño no patrimonial como parte de la tutela resarcitoria (y no, por ejemplo, desde fuera de esta, como puede ser a través de la pena privativa) necesariamente tendrá que expresarse en términos económicos dicha protección, pues la tutela resarcitoria supone, entre otras funciones, la llamada función de equivalencia, que explica el resarcimiento como una expresión de la tutela contra los daños que determina siempre la afectación – en términos económicos – de un patrimonio. Así, cuando se diga que un padecimiento o un sufrimiento merece ser protegido con la indemnización de daños, esa indemnización tendrá que manifestarse necesariamente en términos patrimoniales como expresión de la tutela resarcitoria. (p. 186)

Si la tutela judicial efectiva en relación a la víctima se expresa sólo en la protección para que se realice el resarcimiento del daño, esta deberá efectuarse de manera eficaz, tomando en cuenta el quantum de la indemnización de acuerdo al alcance del daño y su pronta ejecución sin llegar a dilaciones innecesarias, pues inobservar esto, sería concluir que la tutela judicial efectiva a favor de la víctima no actúa eficazmente.

2.1.25. El Deber de Motivar el Quantum Resarcitorio en las Resoluciones Judiciales.

Se ha visto en reiteradas veces en la praxis judicial que las resoluciones judiciales los jueces penales sólo se esmeran en motivar para determinar la responsabilidad penal, dejando unas cuantas líneas para señalar la consecuencia del delito que viene a ser la reparación civil y fijando un monto irrisorio, toda vez que no cubre con los gastos para reparar el daño.

La motivación en las resoluciones judiciales sobre la reparación civil es muy escueta, pues no llegan a analizar el alcance del daño conjuntamente con la prueba y los criterios civiles para determinar la responsabilidad civil, encerrándose sólo en motivar con alturados fundamentos de la doctrina penal dejando de lado a la motivación de la reparación civil.

Soy de la idea, que al existir un delito con lamentables consecuencias afectando los intereses particulares, este último sólo lo interesa que se llegue resarcir el daño a efectos que el agraviado se encuentre en una situación similar antes de haber ocurrido el siniestro, como bien lo explica Solarte Rodríguez (2015)

(...) cuando se causan daños a otros sujetos de derecho, sin que exista justificación para que el damnificado soporte el detrimento que

ha padecido y existe, además, un criterio que permita imputar la responsabilidad, se le asigna, entonces, al autor de la conducta o a quien por él debe responder una obligación reparatoria o indemnizatoria, con la que se procurará dejar a la víctima en una situación similar a la que tendría si el hecho ilícito no la hubiera afectado. (p. 271)

Se debe tomar en consideración, que podría suscitarse casos complejos para determinar la responsabilidad civil, que sólo serán resueltos por criterios a fin de determinar la obligación resarcitoria, toda vez en los casos de violación sexual, la víctima padece de diversos daños psicofísicos, como dice Solarte Rodríguez (2015) «Más difícil resulta buscar la reparación del daño si el detrimento se sitúa en la integridad psicofísica del individuo o en el plano de su honra o de su dignidad personal, o en su proyecto vital o, en fin, en sus más profundos sentimientos o afectos como ser humano.» (p. 273)

En esa línea de ideas, el órgano jurisdiccional deberá considerar que la reparación civil a favor de la víctima de agresión sexual deberá ser integral, es decir se debe analizar el alcance del daño perpetrado a efectos de obtener un resarcimiento completo que cubra todos los menoscabos sufridos por la víctima, ya sea de orden patrimonial o extrapatrimonial, tal como lo señala Solarte Rodríguez (2015).

Tradicionalmente se ha considerado que la reparación del daño debe ser integral, plena o completa, en el sentido de que el resarcimiento debe buscar que se coloque a la víctima en la situación en la que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiera producido, para lo cual habrá que procurar que la reparación cubra todos los detrimentos o menoscabos que como consecuencia de tal hecho se hayan producido en el sujeto pasivo. (p. 273)

De lo citado, a efectos de llegar a un resarcimiento integral, las partes procesales deberá acreditar el alcance del daño a fin de fijar un monto indemnizatorio, es decir, no sólo es de responsabilidad del juez, sino del fiscal y de la defensa técnica del imputado y del actor civil en tratar de tener las bases para llegar a una reparación integral; pues como advierte Solarte Rodríguez (2015) «(...), en ocasiones le permite al juez fijar la cuantía de la indemnización cuando se hayan acreditado los daños pero no haya sido posible determinar su cuantía, y, finalmente, la doctrina considera que la equidad es el criterio principal – ante la imposibilidad de aplicar la reparación integral (...)»(p. 274)

En la doctrina procesal se ha manifestado que el contenido esencial del derecho a probar consiste el derecho de las partes procesales legitimados a intervenir en la actividad probatoria, sin embargo en ocasiones el fiscal y la defensa técnica no llegarán a motivar o fundamentar la propuesta resarcitoria, en ese sentido el juez tendrá la tarea de realizar una apreciación razonada, utilizando la lógica y de la experiencia común basada en elementos probatorios objetivos, asegurándose la primacía de la verdad objetiva a efectos de llegar a una decisión judicial basándose en criterios de igualdad y proporcionalidad para no llegar a descuidar a la reparación integral a favor de la víctima, así lo entiende Solarte Rodríguez (2015)

(...), la equidad es un principio que permite al juez aplicar el derecho a los supuestos que le son sometidos a su consideración, teniendo en cuenta las singularidades de su situación que se le pone de presente, para lo cual este habrá de tener en cuenta el sentido de justicia que sea imperante en la sociedad en la que actúe. En dicho proceder el funcionario debe aplicar, valorar o razonar con fundamento en criterios como la igualdad, la ponderación, la medida, la flexibilidad, el equilibrio en la asignación de cargas y beneficios, o la proporcionalidad, entre otros. (p. 274)

Concluyendo que por ningún motivo será descuidada la pretensión resarcitoria de la víctima, debiendo otorgarle la garantía de la tutela judicial efectiva a efectos que llegará a realizarse la reparación del daño de manera integral. Pues de no hacerlo, no existiría una eficaz tutela judicial efectiva a favor de la víctima, toda vez que esta estaría acudiendo a la vía civil pretendiendo la reparación íntegra que no le fue otorgada por los jueces penales, sin embargo, esta tutela se quebrantaría al tratarse de víctimas de agresión sexual que rehúyen de los procesos judiciales por un tema de pudor no pretenden la reparación íntegra en la vía civil, conformándose una írisoria reparación otorgada por el juez penal.

2.1.26. Motivación de la Reparación Civil en el Proceso Penal.

Como un modo de asegurar un adecuado control sobre la decisión judicial y de evitar posibles arbitrariedades, en consecuencia los jueces deberá de enunciar los motivos o fundamentos de hecho y de derecho, como bien señala el fundamento 7 del expediente Nro. 728-2008-PHC/TC del 13 de octubre del 2008 establece: «El derecho a la debida motivación de las resoluciones es garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso» (p. 2)

La motivación dentro de una resolución judicial es un mero mecanismo para que la defensa técnica y el persecutor de la acción penal puedan apreciar de manera objetiva los fundamentos que el juez ha valorado para emitir su decisión final, pudiendo esta ser cuestionada por un medio impugnatorio planteada por quien se ve perjudicada en la decisión del juez, como bien lo explica Gálvez Villegas (2016).

Importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los lleven a tomar una determinada decisión. De tal modo que los ciudadanos sepan por qué se resuelve de determinado modo y no de otro; a la vez, ello resulta indispensable para que los justiciables puedan cuestionar las decisiones a través del ejercicio del derecho de defensa. (p. 346-347)

La motivación constituye un elemento eminentemente intelectual que expresa un análisis crítico y valorativo de los hechos probados, esto con la finalidad de justificar a la decisión que ha optado, esto para evitar los argumentos arbitrarios, en ese sentido la ley impone a los jueces el deber de anunciar los motivos que acarrearón su decisión, siendo pasible de verificar la justicia de las decisiones judiciales y comprueben que la decisión está conforme a ley, garantizando de esa forma de tutela judicial efectiva, como lo explica Gálvez Villegas (2016)

Las razones o justificaciones esgrimidas por el juez (u otro operador) se concretan a través del desarrollo de la argumentación, la misma que se concibe como ejercicio de la racionalidad tendente a evitar decisiones arbitrarias y se ha convertido en un elemento trascendente del Ordenamiento jurídico, al permitir el ejercicio del derecho de defensa y la tutela judicial efectiva, (p. 347)

En efecto, la motivación de la sentencia o de un auto judicial se debe encontrar debidamente motivada, pues estos tipos de resoluciones exigen que el órgano jurisdiccional se pronuncie de forma expresa sobre los extremos de la materia controvertida; sin embargo, por diversos factores, los jueces no logran motivar de forma correcta, en ese sentido se deberá analizar las clases de ausencia de la motivación conforme al expediente Nro. 728-2008-PHC/TC del 13 de octubre del 2008, que vienen a ser: a) Inexistencia de motivación o motivación aparente, b) Falta de motivación interna del razonamiento,

c) Deficiencias en la motivación externa, d) motivación insuficiente, e) La motivación sustancialmente incongruente, las mismas que paso a explicar con mayor detalle:

A. Inexistencia de la Motivación o Motivación Aparente.

En este caso, el órgano jurisdiccional emite una resolución judicial amparándose sólo en algunas frases sin sustento factico; como dice Dávalos Gil (2014) «cuando nos encontramos frente a una “fachada” o “casarón” colocado para cumplir con la formalidad y pretender sostener que la decisión tiene motivación; sin embargo, de la lectura y análisis de la misma se puede advertir, en ningún caso, constituye la razón de lo resuelto.» (p. 83)

En otras palabras, la inexistencia de la motivación se puede identificar cuando se observa que el juzgador no fundamenta con respecto a la controversia central, limitándose en justificar basándose en algunos aspectos no trascendentes para optar una decisión, compartiendo con lo manifestado por Figueroa Gutarra (2014)

La inexistencia de motivación supone fundamentalmente que no haya explicación sustancial alguna por parte del juzgador respecto a la controversia. La motivación aparente, por su lado, no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o no se responde a los fundamentos sostenidos por las partes, o de ser el caso, se pretende cumplir formalmente con el mandato de motivación, alegando frases que no ostentan solidez fáctica ni jurídica. (p. 80)

El órgano jurisdiccional sustenta la decisión optada solo por mínimas razones nada trascendentes al tema cuestionable, basándose en frases que no inspiren solidez en los argumentos,

concluyendo la existencia de una aparente motivación, siendo evidente que quebranta la tutela judicial efectiva, pues no garantiza una debida motivación.

Por su parte, el expediente Nro. 728-2008-PHC/TC del 13 de octubre del 2008 establece en su fundamento 7 literal a) lo siguiente: «la motivación aparente está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso o porque solo intenta dar incumplimiento formal al mandato amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.» (p. 6)

B. Falta de Motivación Interna del Razonamiento.

Se trata de una incoherencia lógica narrativa, presentándose con fundamentos confusos o ambiguos, pues las razones que justifica la decisión son producto de inferencias lógicas absurdas, pudiendo estar revestida con fundamentos capaces de llegar a una confusión, toda vez que existe incoherencia en el modo de transmitir los fundamentos, como lo señala Figueroa Gutarra (2014):

(...) se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. (p. 80-81)

Nos encontramos con una falta de motivación interna del razonamiento, pues al momento de efectuar el razonamiento lógico, el defecto se encuentra en la aplicación de la inferencia lógico jurídico que parte de las premisas, siendo estas invalidas, toda vez que trae como consecuencia la errada aplicación, pudiendo llegar a un toque de incoherencia en el fundamento que se apoya para la decisión judicial.

C. Deficiencias en la Motivación Externa, Justificación de Las Premisas.

En este caso, las premisas no han sido contrastados o analizadas para obtener una validez fáctica o jurídica; es decir que el juzgador al momento de evaluar el caso concreto omite en verificar los hechos probados para otorgar una validez fáctica, así como contrastar los presupuestos normativos para ser pasibles de ser aplicados en el hecho.

Esta deficiencia en la motivación externa es más frecuente, toda vez que los jueces de primera instancia inobservan algunos aspectos que no han sido debidamente verificadas para darle una validez fáctica o jurídica, en otras palabras, Figueroa Gutarra (2014) dice: «El juez constitucional igualmente queda habilitado para revisar las decisiones de la justicia ordinaria cuando las premisas de las que parte el juez no ha sido confrontadas respecto de su validez fáctica o jurídica.» (p. 81)

D. La Motivación Insuficiente.

Existiendo fundamentos trascendentales para optar una decisión para el esclarecimiento del problema, el juzgador no lo utiliza, limitándose en motivar de manera escueta con justificación nada trascendentes, es decir que la motivación expuesta no es relevante para la decisión que tomará, siendo insuficiente esta motivación considerando que existe diversas

razones para lograr una decisión conforme a derecho, como bien lo señala Figueroa Gutarra (2014):

Aquí observamos un problema de gradualidad, es decir, el juez cumple con motivar, pero lo hace de modo insuficiente. Debemos precisar que no se trata de dar respuesta, tampoco, a todas y cada una de las pretensiones de las partes, sino que la insuficiencia resultará relevante, desde una perspectiva constitucional, si la no existencia de argumentos o la expresada insuficiencia de razones, deviene manifiesta en contraposición de lo que fundamentalmente se decide. (p. 81-82)

En efecto, la motivación insuficiente se identificará cuando se trata de justificar con argumentos nada relevantes, existiendo situaciones fácticas y jurídicas notables que no han sido pronunciadas para optar una decisión judicial.

E. La Motivación Sustancial Incongruente.

Existe desviaciones sobre el debate judicial, es decir que el juzgador trata de justificar hechos que no es materia de discusión, desviándose de lo que se quiere determinar, lo que en buena cuenta significa pronunciarse respecto a los temas controvertidos que constituyen la cuestión materia de discusión. En esa línea de ideas, al efectuar el razonamiento lógico jurídico y lo resuelto debe ser congruente, de manera que no existe contradicciones entre la motivación y la decisión adoptada, asimismo la actuación de los medios de prueba se realiza en base a lo controvertido para obtener un claro pronunciamiento a efectos de evitar la incongruencia.

F. Motivaciones Cualificadas.

El órgano jurisdiccional buscará la justificación de manera razonable a fin determinar la cuantía de la reparación civil, amparándose de los fundamentos de la defensa técnica y de la motivación revestida en el requerimiento fiscal, en ambos actos habrá un tipo de prueba que cause certeza al juzgador al momento de resolver el quantum indemnizatorio, siendo esta la primera base para que las resoluciones judiciales sean correctamente motivadas cuando se trata de exponer y decidir montos cuantificadas.

Sin embargo, se complica la situación expuesta cuando se trata de dilucidar la cuantía de la reparación civil de un daño extrapatrimonial, pues no se determinan de manera directa la suma indemnizatoria, debiendo ser analizada el tipo de daño y su alcance perjudicial, sólo de esa forma se podrá acercarse a la reparación íntegra del daño, como bien lo explica el profesor Gálvez Villegas (2016) al señalar lo siguiente:

Así, se debe justificar la clase de daño sobre el cual recae la indemnización o sobre el fundamento por el cual se impone una determinada suma y no otro monto, cómo se ha determinado el tipo de daño y su magnitud o quantum indemnizatorio; así como también por qué se amparan determinados componentes resarcitorios y no otros y la forma como se ha acreditado su existencia. (p. 349)

Esto se complica aún más cuando no logra motivar en el requerimiento fiscal ni se fundamenta correctamente en la solicitud del actor civil para probar la cuantía de los daños extrapatrimoniales, en ese sentido es imposible determinar el monto indemnizatorio, quedando sólo motivar de forma cualificada, haciendo uso de razonamientos lógicos jurídicos amparándose en otros componentes probatorios que acredite su

existencia, como utilizar las reglas de la prueba indiciaria, esto a efectos de lograr una correcta motivación bajo las reglas de la lógica y la experiencia sin dejar de lado la razonabilidad a efectos de lograr la aceptación social de la cuantía resarcitoria, como lo explica correctamente el profesor Dávalos Gil (2014).

La razonabilidad de la motivación está vinculada con lo que se considera socialmente aceptable en un contexto (de tiempo y lugar) específico. De este modo, lo razonable puede ser medido en función de lo que realizaría cualquier persona sobre la base del sentido común, teniendo en cuenta los valores (v.gr. los valores de justicia y equidad), así como los criterios éticos, políticos, económicos, sociales, religiosos, etc., que rigen en una sociedad. (p. 139-140)

Bajo el contexto citado, el órgano jurisdiccional al efectuar un análisis de un caso en concreto utilizará criterios éticos, políticos, económicos, sociales, religiosos, entre otros, a fin de llegar a una solución aceptable en base al sentido común de la sociedad, esto para aproximarse a la justicia y equidad que consideren la sociedad en su conjunto, conllevando a una motivación razonable.

Cada fallo deberá ser motivado de acuerdo al conflicto que desea resolver; por ejemplo, la motivación de las sentencias sobre daños, para llegar a su objetivo de resolver de forma razonable es necesario en cumplir con justificar y desarrollar tres aspectos: i) La identificación del daño; ii) La prueba de los daños; iii) La cuantificación de los daños.

Resulta sencillo justificar el fallo cuando se trata de un daño patrimonial, pues es visible a los sentidos la gravedad del daño causado, y por ende, es demostrable el alcance del daño y a la

vez es acreditable el valor del bien lesionado; sin embargo, esto se complica cuando el daño viene a ser de naturaleza extrapatrimonial, tal como los daños morales, que sin duda, el derecho ha permitido utilizar otros criterios a efectos de determinar, probar y cuantificar el resarcimiento cuando se trata de daño moral, tales como:

- La gravedad del delito
- La intensidad del sufrimiento en el ánimo
- La sensibilidad de la persona ofendida
- Las condiciones económicas y sociales de las partes

Con estos criterios el juzgador podrá tener la idea del alcance del daño moral que ha sufrido la víctima del delito, calculando la intensidad del daño mediante la gravedad del hecho delictivo, el sufrimiento de la víctima, el grado de sensibilidad de la agraviada y a efectos de poder efectuar el cálculo indemnizatorio es necesario saber las condiciones económicas y sociales tanto del imputado como del agraviado.

2.1.27. La Obligación Resarcitoria Nacida en la Sentencia Como Título de Ejecución.

Una vez emitido el fallo final del juzgador penal que ha sido declarado consentida o ejecutoriada, esta decisión final deberá ser cumplida entrando a la etapa de ejecución; en esta fase el Estado hace uso de su poder coercitivo con diferentes mecanismos a efectos que sea cumplida la decisión del juzgador, ya sea en la sanción penal a partir de una pena privativa de libertad o de una obligación civil de pago de tipo resarcitorio a favor de la víctima; este último la sentencia viene a ser un título de ejecución que da origen a una obligación civil, tal como lo explica correctamente el maestro Gálvez Villegas (2016): «A partir de la sentencia, las partes y en general todos los sujetos procesales quedan vinculados por el título de ejecución constituido por la

sentencia. De no haberse cumplido la obligación contenida en dicho título, se inicia el Proceso de Ejecución, cuyo efecto inmediato es la Ejecución Forzada (art. 715, 725 y ss. del Código Procesal Civil).» (p. 357).

Asimismo, el primer párrafo del artículo 690° del Código Procesal Civil (2016) establece: «Está legitimado para promover ejecución quien en el título ejecutivo o de ejecución tiene reconocido un derecho en su favor, contra aquél que en el mismo tiene la calidad de obligado.» (p. 655), del precepto normativo se desprende que el título ejecutivo donde el ordenamiento jurídico lo atribuye el cumplimiento de una obligación nacida de la relación jurídica. En ese sentido, la sentencia que contenga la decisión de la reparación civil viene a ser un título ejecutivo a efectos llevar los mecanismos coercitivos para ser ejecutado, tal como lo señala el artículo 713° numeral del Código Procesal Civil (2016) versa: «Son títulos de ejecución: 1. Las resoluciones judiciales firmes;» (p. 663)

Teniendo claro, que la sentencia firme tiene la calidad de un título ejecutivo que podrá ser ejecutado, siendo importante tener en conocimiento el plazo prescriptorio de la ejecución de la sentencia que falla sobre la reparación civil que viene a ser de 10 años, esto al amparo del artículo 2001° inciso 1° del Código Civil (2016) que predispone: « Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: 1) A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.» (p. 424); esto se diferencia del plazo de prescripción de la acción resarcitoria, es decir, antes de que se obtenga una sentencia, el interesado deberá accionar ante las autoridades competentes para obtener la reparación civil mediante una sentencia que obligue al agresor en resarcir a la víctima. Prescribiendo esta acción en dos años, tal como lo predispone el artículo 2001° numeral 4° del Código Civil (2016). que dispone: «Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: 4) A los dos años, la

acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo.» (p. 424). En esa línea de ideas, se infiere que la acción a efectos de pretender la reparación civil prescribe a los dos años, toda vez que se trata de una situación que provoca un daño extracontractual, como bien lo establece Gálvez Villegas (2016)

Ello a la vez tiene importancia para efectos de la prescripción, ya que el plazo para ejercitar la acción resarcitoria proveniente del delito es de dos años (art. 2001.4 del Código Civil), en cambio para la ejecución de la obligación contenida en la sentencia es de diez años (art. 2001.1 del Código Civil); pues en el primer caso estamos ante la acción civil proveniente de responsabilidad civil extracontractual, y en el segundo caso ante la acción civil proveniente de una ejecutoria; (...). (p. 355). En efecto, la acción resarcitoria prescribe a los dos años, mientras la ejecución de la obligación resarcitoria prescribe a los diez años, este último deberá ser cumplida por toda persona y acatar a las decisiones judiciales en sus propios términos, sin retardar a la ejecución, ni modificar su contenido, ni recortar el procedimiento de trámite, tal como lo señala el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En ese sentido, se infiere que las sentencias que dispone la reparación civil podrán ser ejecutadas dentro del plazo de diez años, debiendo ser cumplida por el obligado a toda cabalidad, sin retraso alguno, siguiendo el debido proceso.

La sentencia para ser ejecutada deberá establecerse la relación ejecutiva, pues como en toda relación jurídica, participan diversos sujetos que tienen un vínculo meramente patrimonial que tutela la normatividad a efectos que el obligado en resarcir el daño se exigirá por diversos mecanismos coercitivos de carácter real, mientras el agraviado es la parte dañada por el hecho delictivo a quien se le

reparará el daño sufrido. Siendo importante detallar esta relación jurídica procesal a continuación:

2.1.28. Sujetos a Cargo de la Obligación Resarcitoria.

En un hecho considerado delito, siempre estará aquella persona que ha participado como autor del delito, así como también podrá existir personas que ayudan a efectos de ser perpetradas el delito como los cómplices, sin dejar de mencionar a los instigadores que inducen a otras personas para efectuar un hecho delictivo. En pocas palabras, los autores y los partícipes que han causado un daño son pasibles de ser atribuidos responsables para resarcir los daños causados, como dice Gálvez Villegas (2016): «el principal deudor de la obligación resarcitoria es el agente del delito y sus partícipes condenados al pago de la reparación en la sentencia o resolución definitiva. Eventualmente el obligado es el tercero civil, si ha sido comprometidos en el proceso y así se ha dispuesto en la sentencia por resolución final.» (p. 357)

A. Terceros Obligados No Comprendidos en la Sentencia.

La sentencia de carácter penal que falla interponiendo pena privativa de libertad, sus efectos sólo alcanzará a los autores y partícipes del delito, a diferencia de la sentencia que se pronuncia sobre la reparación civil, sus alcances no solo se limitan a los autores y partícipes, sino también a los terceros que no se encuentran comprendidos en el proceso penal, como los responsables solidarios, tal como lo predispone nuestra normatividad en su artículo 99° del Código Penal que establece: «Procede la acción civil contra los terceros cuando la sentencia dictada en la jurisdicción penal no alcanza a éstos.»

Es evidente que la acción penal y la acción civil son autónomos en el proceso penal, cada acción establece el alcance de sus efectos que corresponde a cada responsable penal y civil,

respectivamente, pues en la reparación civil sus efectos no sólo alcanzarán a los autores directos del delito, sino también a los que se determinan algún tipo de responsabilidad civil que no necesariamente hayan participado en el hecho delictivo, como bien advierte Gálvez Villegas (2016):

(...), puede darse el caso que alguno de los obligados no sea comprendido en la sentencia; en este supuesto, de tratarse de un obligado directo (autor o partícipe del delito), podrá iniciarse en su contra un nuevo proceso penal para establecer su responsabilidad penal, así como también para determinar qué monto de la reparación civil le corresponde pagar. (p. 358)

De lo citado líneas arriba, se puede deducir que a la existencia de la responsabilidad penal, automáticamente tiene una responsabilidad civil que tiene la obligación de resarcir el daño causado conjuntamente con los que participaron en el evento delictivo, sin embargo la responsabilidad penal no delimita los alcances de la responsabilidad civil, pues ese último puede atribuir a ciertas personas que no participaron en el delito, pero de alguna forma se lo atribuye responsabilidad civil, pues cumple con los criterios establecidos por la doctrina civil.

2.1.29. Conclusión del Procesal Penal Sobre el Delito de Violación Sexual en Agravio de una Menor de Edad.

A. Condena del Procesado y Acción Resarcitoria.

El autor y el partícipe del delito de violación sexual, aparte de tener responsabilidad penal tienen responsabilidad civil, pues a partir de su conducta delictiva han causado daño a la víctima, en consecuencia, los causantes del daño perpetrado se le impondrá una sanción penal y estará obligado a resarcir el daño, tal como lo explica el maestro Gálvez Villegas (2016)

El proceso penal se inicia contra determinada persona, porque se la presume autora del delito instruido y, consecuentemente, causante o responsable del daño ocasionado al bien jurídico tutelado por la norma. Sin embargo, será en el proceso iniciado, donde se determine si efectivamente el procesado es autor del delito y del daño, y solo a partir de la condena surgirá la obligación resarcitoria a cargo de este. (p. 361)

En los supuestos en que el proceso penal concluye con sentencia condenatoria en contra del procesado, a la vez que disponiendo la reparación del daño, en todos los casos, el resarcimiento se ejecutará en vía de ejecución de la propia sentencia penal.

Sin embargo, lo que complica aún más, es en el supuesto que el procesado queda libre de responsabilidad penal, sería injusto que esté obligado resarcir el daño producto del delito que no ha realizado; al menos que exista una relación de causalidad y otros criterios que la doctrina civil exige para determinar la responsabilidad civil, en ese extremo si existiría responsabilidad civil por parte del imputado exento de responsabilidad penal.

No se debe de generalizar la situación donde el sujeto libre de responsabilidad penal automáticamente está libre de responsabilidad civil, no estando del todo cierto, como dos materias totalmente distintas se deben evaluar de manera autónoma.

Por otro lado, el proceso penal se ha caracterizado por ser demasiado irrisorio cuando se trata de resarcir a la víctima, hasta llegar a la barbarie de no lograr de pronunciarse de un daño causado, en ese sentido, para no llegar a la indefensión de la agraviada puede acudir a la vía civil a efectos de pretender la

reparación civil que no ha quedado satisfecha en el proceso penal, como bien lo ha resuelto en la Casación Nro. 1221-2010, como señala Gálvez Villegas (2016):

(...) pero también puede recurrir a la vía civil si no está satisfecho con el resarcimiento. Inclusive en el caso que se hubiese constituido en actor civil en el proceso penal y se ampara su pretensión, puede recurrir a la vía civil si es que en la sentencia penal no se han comprendido todos los daños causados y que son objeto de reparación, por ejemplo, los daños morales o los daños futuros que no se reclamaron en el proceso penal, tal como lo ha establecido la Casación N° 1221-2010 – Amazonas emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema. (p. 362-363)

Sin embargo, al tratarse de daños causados por el delito de violación sexual, la agraviada no acude a la vía civil por vergüenza, por lo que se deberá de exigir al derecho procesal penal en tutelar el derecho a la víctima en cuanto se refiere a la reparación civil, de lo contrario existirá una doble victimización.

B. Sobreseimiento del Proceso, Absolución del Procesado y el Resarcimiento.

En el supuesto que no existe responsabilidad penal, es decir que se emita una sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento, el juzgador también tiene la obligación de pronunciarse de la responsabilidad civil a efectos de atribuir a una parte procesal e inclusive a sujetos que no se encuentran en el proceso, sin embargo tiene la calidad de responsable solidario que será, en todo o parte, responsable de la reparación civil, tal como lo predispone el artículo 12° numeral 3° del Código Procesal Penal (2016) señala: «La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional

pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda.» (p. 435).

Una vez más, queda demostrada que la acción penal y la acción civil dentro del proceso penal son completamente autónomos, al no existir responsabilidad penal, este supuesto no implica que también quedan exentos de la responsabilidad civil, quedando un asunto pendiente para que el juzgador evalúe y se pronuncie independientemente de lo establecido en la motivación que sirvió para quedar exento en la sanción penal, pasando analizar los criterios civiles para determinar la responsabilidad civil.

- C. Ejecución de la Obligación Resarcitoria Proveniente del Delito.
- Una vez emitida la sentencia que declaran firme, es decir consentida o ejecutoriada, la parte agraviada solicitará que se ejecute a efectos que se cumpla la pretensión civil, esto es, resarcir el daño causado. Como toda obligación privada, está sujeto a la libre discrecionalidad del titular, en este caso del agraviado, quien solicitará la pretensión resarcitoria en el proceso penal y cuando esta queda amparada mediante una sentencia firme, se deberá cumplir lo establecido por el juzgador y acatado por el obligado, sin que exista retardos, ni modificar lo establecido en la sentencia, siguiendo el debido proceso en la ejecución de la reparación civil, al amparo del artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (2016) que establece:

(...) Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances.
(...) No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con

autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, (...) (p. 827)

En efecto, toda persona incluyendo la autoridad está obligado a cumplir con la decisión suscrita en la sentencia, infiriéndose que la decisión sobre la reparación civil optada por el juzgador deberá cumplirse utilizando mecanismos coercitivos de naturaleza real.

D. Resarcimiento en Investigación Preliminar o Policial.

En la etapa preliminar o policial existe mayor incidencia, donde la víctima recupera sus bienes de interés privado, tal como lo señala Gálvez Villegas (2016); «En este sentido, con frecuencia, es ante la policía, donde se logra la mayor cantidad de recuperaciones de los bienes, sobre todo en los delitos contra el patrimonio, por lo que puede concluirse que la reparación de los daños lograda ante las autoridades del control penal, en la mayoría de los casos, se lograra ante la autoridad policial.» (p. 383)

Sin embargo, existen delitos de resultado que causan daños no solo de naturaleza patrimonial, sino también causan daños extrapatrimoniales, como son los delitos de violación sexual que causan diversos daños y que difícilmente son resarcidos de manera completa en la etapa preliminar o policial.

Cuando la víctima de la agresión sexual es indemnizada en la etapa preliminar o policial, en su mayoría son montos irrisorios, perdiendo el derecho de acudir como actor civil en el proceso penal, sin embargo, puede seguir su pretensión en la vía civil, toda vez que su pretensión en la vía penal no ha logrado cubrir todos los daños causados por el delito. Este supuesto se complica, cuando se trata de delitos de violación sexual, toda

vez que las víctimas no acuden a la vía civil, vulnerando de alguna forma la tutela judicial efectiva, al no contar con mecanismos procesales de naturaleza penal que tutele en todas las etapas del proceso penal a efectos que la reparación civil integra.

E. Resarcimiento en Proceso Penal.

En el proceso penal aparte de determinar la responsabilidad penal del imputado, también es una vía idónea para pretender la reparación civil por parte del agraviado, este podrá constituirse en el proceso penal como actor civil quien utilizará criterios para determinar la responsabilidad civil con los medios probatorios adecuados para acreditar la relación de causalidad, el daño y el alcance del daño causado por el hecho delictivo.

Por otro lado, el Código Procesal Penal ofrece mecanismos para que los bienes patrimoniales sean garantías para ser pagadas por concepto de reparación civil a favor de la víctima, tales como la medida cautelar real que puede ser interpuesta por la agraviada a efectos de garantizar la reparación civil sea ejecutada al momento de ser emitida la sentencia y este sea cumplida a cabalidad.

Al emitir la sentencia que ha sido declarada consentida o ejecutoriada, está deberá ser cumplida y acatada en la etapa de ejecución, en el extremo de la reparación civil, la agraviada podrá requerir el pago del resarcimiento del daño e incluso con la ayuda de la medida cautelar interpuesta es más factible en ejecutar la garantía patrimonial afectada en la medida cautelar.

2.1.30. La ejecución de la reparación civil en el proceso penal.

Todo proceso penal inicia con la investigación preparatoria, luego la etapa intermedia, para dar pase a la etapa de juzgamiento, una vez

concluido, termina con la etapa de ejecución, siendo esta la última etapa que materializa lo dispuesto por el juez en la sentencia con la ayuda de los mecanismos procesales para realizar la ejecución forzada y cumpla con las expectativas del agraviado para ser resarcido en su integridad.

La reparación civil se hará efectiva una vez emitida la sentencia penal condenatoria declarada consentida o ejecutoriada, dando pase a la fase ejecutiva, como bien lo indica Ávila Herrera (2011), la ejecución penal es la última fase del proceso penal. Éste empieza con la fase declarativa, que concluye con una sentencia firme. Si la sentencia es condenatoria, empieza en ese momento la fase ejecutiva del proceso penal. (p. 13)

En ese sentido, el representante del ministerio público o el actor civil podrá ejecutar lo dispuesto por la sentencia, tanto como la pena privativa de libertad, la inhabilitación, multa, terapia psicológica del condenado, reparación civil, entre otros. En otras palabras, la ejecución penal es el conjunto de actos necesarios para la realización de la sanción y de la reparación civil contenida en una sentencia de condenas. Es una actividad ordenada y fiscalizada por el órgano jurisdiccional competentes. Dicho de otro modo, como bien lo menciona Viada y Aragoneses que al referirse de la ejecución penal lo entiende como: «A dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia en que culminó la fase de cognición procesal.» (p. 27).

En la ejecución penal se hace efectiva la decisión de los magistrados plasmados en una sentencia consentida o ejecutoriada. En los procesos penales existe grandes cantidades de sentencias condenatorias que fueron simplemente sentencias ejecutadas con deficiencias y otras que no se han ejecutado, tales como la reparación civil que no logran satisfacer las expectativas.

En efecto, la ejecución de la reparación civil son muy deficientes, pues tanto como el ministerio público o el actor civil no logran ejecutar de manera coercitiva los bienes patrimoniales del obligado, en otras palabras no utilizan mecanismos procesales como el embargo en forma de depósito, embargo forma de inscripción, embargo en forma de retención, embargo en forma de administración de bienes, embargo de inmuebles sin inscripción registral, entre otros, toda vez que la mayoría de los imputados carecen de bienes patrimoniales o estas han sido transferidas a nombre de terceras personas tratando de evadir las consecuencias de la responsabilidad civil.

En ese sentido, para no tratar de vulnerar la tutela judicial efectiva de la víctima es recomendable realizar una medida cautelar real en la investigación preliminar a efectos de garantizar la reparación civil, pues la falta de un sistema de ejecución penal propia y auténtica, donde el poder judicial podría cumplir a cabalidad lo que se dispone en las sentencias que podrán ser ejecutadas en todo los extremos a efectos de garantizar la tutela judicial efectiva a favor de la víctima que mayormente no logra cobrar la indemnización respectiva.

El nuevo código procesal penal respecto de la ejecución penal no trae ninguna novedad, pese de haber cambiado la competencia y función a otro órgano jurisdiccional que ha sido creado para cumplir funciones en la etapa intermedia, en ese sentido se podrá diagnosticar que este juez de ejecución penal con múltiples funciones correrá la misma suerte que los jueces instructores de ejecución tradicional.

En otras palabras, existen deficiencias al momento de ejecutar la decisión pecuniaria, es decir la reparación civil, ya sea por su cuantía irrisoria o la falta de cumplimiento de la sentencia que ordena un pago resarcitorio, vulnerando la tutela judicial efectiva de la víctima.

Por tal motivo la importancia de los factores que han incidido que la reparación civil sea irrisoria y la falta de ejecución de la misma; pues los operadores jurídicos desarrollan el proceso penal con pretensión única, buscar la responsabilidad penal, mientras la reparación civil se toma como una pretensión accesoria dentro de un proceso penal, siendo esto errado, toda vez que tanto como la responsabilidad penal y la responsabilidad civil bien en a ser autónomos, pese de encontrarse dentro del proceso penal, siendo un medio para considerar una reparación civil bajo criterios del código civil y dejar de reparar de manera irrisoria en la fase ejecutiva.

Para la ejecución de la reparación civil en la vía penal, tienen sus propios mecanismos de cumplimiento, conforme lo dispone el artículo 493° del Código Procesal Penal que precisa lo siguiente: «1. La reparación civil se hará efectiva conforme a las previsiones del Código Procesal Civil, con intervención Fiscal Provincial y del actor civil.

2. Para la ejecución forzada del pago de la multa y de la venta o adjudicación del bien objeto de comiso se aplicará, en lo pertinente, las normas del Código Procesal Civil.

3. Los incidentes que se plantean durante la ejecución de la reparación civil y de las demás consecuencias accesorias serán resueltos en el plazo de tres días, previa audiencia que se realizará con las partes que asisten al acto. Contra la resolución que resuelve el incidente procede recurso de apelación.»

De la norma citada se desprende que la ejecución de la reparación civil se realizará a pedido de parte, tanto del ministerio público como del actor civil bajo las reglas establecidas en el Código Procesal Civil a efectos de realizar la ejecución forzada que será resuelto por el juez de investigación preparatoria previa audiencia.

Asimismo, de acuerdo el artículo 725° al 428° del Código Procesal Civil, la que podrá establecerse a través de una medida cautelar

previamente ejecutada o trabándose una medida propia de la ejecución de resoluciones judiciales, pudiendo tasar los bienes muebles o inmuebles del obligado, según sea el caso, a fin de concluir con el remate respectivo, pago o adjudicación de los patrimonios.

En otras palabras, al iniciar la investigación preparatoria, será recomendable que el representante del ministerio público y el actor civil deberá de investigar los bienes patrimoniales que cuenta el procesado a efectos de garantizar el pago de la reparación civil sea ejecutada, pues el Código Procesal Penal permite que se utilice el Código Procesal Civil en aplicación supletoria, en ese sentido, resulta viable que se deduzca una medida cautelar de embargo en forma de depósito, embargo forma de inscripción, embargo en forma de retención, embargo en forma de administración de bienes, embargo de inmuebles sin inscripción registral, entre otros, que se desarrollará ampliamente en el presente trabajo; esto resulta necesario y optimo, toda vez que la mayoría de los imputados tratarán de evadir dicha obligación transfiriendo de mala fe sus bienes patrimoniales a terceros, en consecuencia, la medida cautelar garantizará el pago efectivo de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual en la etapa de ejecución penal.

Como bien indica Sotelo Mudarra (2014), Parece que quienes se ocupan de la justicia (jueces, fiscales y defensores) “agotaran sus energías y preocupaciones en la tarea de llegar a una sentencia”. Después suele campea el olvido y hasta el desprecio para la etapa del cumplimiento de aquella. (p. 100)

Sentencia consentida o ejecutoriada.

En la sentencia se motivará conforme a la decisión que arriba los jueces, tales como la responsabilidad penal, la responsabilidad civil, orden para que el condenado asista a una terapia psicológica, la inhabilitación y multas; todo esto se desarrollará a continuación.

A. Determinación de la responsabilidad penal.

Lo que se desarrolla a profundidad en el proceso penal es el delito cometido, determinando los sujetos activos y la conducta que han representado a efectos de establecer la responsabilidad penal y de ser responsable se consignará la sanción respectiva, de lo contrario se absolverá al procesado eximiendo de la sanción penal.

En los delitos de violación sexual contra un menor de edad está tipificada en el artículo 173° del Código Penal prescribe: «El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos 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 libertad:

3. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.
4. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años. En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.» (p. 157).

Bajo esta premisa normativa, los jueces deberán adecuar al hecho concreto con la motivación debida, resolviendo en la sentencia con una sanción razonable, la misma que será ejecutada cuando la sentencia quede firme, en ese sentido, el punto de apoyo para que este mandato judicial se cumpla viene a ser la Policía Nacional del Perú a efectos de llegar con la captura del sentenciado e internamiento en el penal respectivo u otras medidas de seguridad, según lo que dispone la sentencia. Esta acción queda invalida si el sentenciado cumple

con una prisión preventiva (medida cautelar de naturaleza personal) incoada en la etapa de investigación preparatoria.

B. Determinación de la responsabilidad civil.

La sentencia también se pronunciará sobre la reparación civil, en otras palabras, los jueces motivarán a efectos de arribar con la responsabilidad civil, disponiendo el monto a pagar por el resarcimiento del daño causado por la conducta delictiva, la misma que será ejecutada dicha sentencia firme, dando pase a una ejecución forzada a solicitud del representante del ministerio público o del actor civil, según sea el caso. Esta ejecución patrimonial podría ser garantizado si se haya planteado una medida cautelar en los inicios de la investigación preparatoria.

C. Incautación y Decomiso.

El decomiso se consignará en la sentencia siempre en cuando existió una incautación de bienes relacionados con el delito, cuya incautación se efectuó en la investigación preparatoria, esta incautación será materia de pronunciamiento a efectos de examinar si dichos bienes incautados serán puestas en decomiso, cuya decisión lo efectuara en la sentencia, dejándose en claro que la incautación es de carácter temporal mientras dure el proceso, a diferencia del decomiso que es permanente y puesta en la sentencia. En ese sentido, se entiende que a consecuencia jurídica sobre los bienes vinculados con el delito será la privación definitiva de la titularidad de quien los posee o de quien es su titular.

En otras palabras, la incautación va a proteger estrictamente sobre bienes vinculados con el delito con la finalidad de que en la decisión final pueda disponerse del decomiso de estos bienes a efectos de que puedan pasar bajo la titularidad del Estado.

D. Tratamiento terapéutico.

El artículo 178°-A del Código Penal establece lo siguiente: «El condenado a pena privativa de libertad efectiva por los delitos comprendidos en este capítulo, previo examen médico y psicológico que determine su aplicación será sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social»

En efecto, la sentencia condenatoria de violación sexual en agravio de una menor de edad se consigna la orden al sentenciado a efectos que este pueda asistir de manera obligatoria a una terapia psicológica; sin embargo, dicha terapia psicológica no es consignado a favor de la agraviada, todo parece indicar que los jueces se olvidan que la víctima también necesita de forma urgente un tratamiento psicológico, quedando desamparada una vez más por la autoridad judicial.

F. Inhabilitación.

En la sentencia en estos tipos de delitos puede figurar la inhabilitación de ejercer sus funciones que definitivamente están ligados en la perpetración del delito de violación sexual en agravio de una menor de edad, por ejemplo, el agresor sexual se trata de un docente que ha empleado sus labores en una institución educativa, donde una de sus alumnas fue sometida sexualmente por este docente, corriendo el peligro de manera eminente que otras menores de edad corran con la misma suerte, motivo por la cual, los jueces deciden que este docente sea inhabilitado de manera temporal o permanente, según sea el caso, con la finalidad que deje de laborar para una institución educativa.

Este viene a ser uno de los tantos supuestos que se podría suscitar, como también podría ocurrir que los agresores sexuales de la menor de edad vendrían a ser los que cuentan su patria potestad, como los propios padres o curadores de la menor, debiendo proceder la aplicación de la inhabilitación prescrito en el artículo 184-A del Código Penal que establece: «El juez impone como pena principal la inhabilitación prevista en el artículo 36 del presente Código, según corresponda.

En los delitos comprendidos en los capítulos IX, X y XI del presente título, el juzgador penal aplica, de oficio o a pedido de parte, la suspensión y extinción de la patria potestad conforme con los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda al momento procesal».

Legitimidad del actor civil para exigir el pago de la reparación civil.

En el expediente Nro. 2007-0005 – Huaura, en el fundamento doce se ha realizado una interpretación del artículo 488° numeral 3° del Código Procesal Penal, señalando lo siguiente «corresponde al Ministerio Público tiene el control de la ejecución de las reglas de conducta y de las sanciones penales en general, formulando al Juez de la Investigación Preparatoria los requerimientos que fueran necesarios para la correcta ejecución de las mismas», de lo citado se desprende que el ministerio público interviene en la ejecución de la pena y de la reparación civil, este último se realizará siempre en cuando no se ha constituido el actor civil o de constituirse se ha desistido de la pretensión civil sin accionar en la vía civil o peor aún, cuando ha caído en abandono; en ese contexto el representante del ministerio público mantiene la legitimidad legal para perseguir la pretensión resarcitoria hasta la ejecución de los mismos.

En el presente caso, la agraviada viene a ser una menor de edad víctima de violación sexual, e consecuencia deberá ser representada por sus padres o curadores, quienes podrán constituirse como actor civil en la etapa de investigación preparatoria a efectos de pretender el pago de la obligación reparadora, por consiguiente tiene la legitimidad de interponer medida cautelares que garanticen en la etapa de ejecución el cumplimiento del pago conforme lo dispone la sentencia final.

Asimismo, el actor civil está legitimado para realizar la anotación preventiva de la nulidad de transferencia, esto en caso que el procesado ha transferido de mala fe a terceras personas sus bienes patrimoniales, en ese sentido, el actor civil podrá anotar de forma preventiva en los registros públicos la nulidad de transferencia.

Esta acción es de vital importancia, pues el procesado tratara de frustrar el pago de la reparación civil, en consecuencia el actor civil podrá accionar la anotación preventiva de la nulidad de transferencia, pues como bien indica Peña Cabrera (1988) que: «esta disposición está encaminada a evitar los fraudes, sustracciones o simulaciones patrimoniales de los imputados, con la finalidad de evitar el cumplimiento de la reparación civil» (p. 472)

Para ser actor civil lo regula el marco legal detallado en el artículo 98° del Código Procesal Penal que a la letra indica: «La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien la Ley esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito.»; en consecuencia, viene el actor civil viene a ser el agraviado del delito, en caso de que este sea menor de edad será representado por sus padres o curadores respectivos a efectos de accionar la responsabilidad civil y pretender el resarcimiento del daño a favor de la víctima menor de edad.

2.1.31. Medidas de coerción de carácter real de mayor aplicación en los delitos de violación sexual contra un menor de edad.

En los delitos de violación sexual en agravio de una menor de edad, el embargo viene a ser un medio tradicional para garantizar el pago de la reparación civil en la etapa de ejecución, pero viene a ser aún mejor cuando se haya planteado en la investigación preparatoria una medida cautelar de dicha naturaleza.

En esa línea de ideas, resulta apropiado que el representante del ministerio público o el actor civil pueda indagar sobre los posibles bienes embargables que cuenta el procesado durante las primeras diligencias de la investigación preparatoria, tales averiguaciones lo efectuará en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, notarias en caso que los bienes patrimoniales no se encuentran registrados, servicio de administración tributaria, municipalidades, comunidades, juzgado de paz, entre otros; estos bienes deberá ser libre de embargos por terceras personas, que no se encuentre gravados o afectados en litigios judiciales, sin importar que se trata de copropietarios, bienes que son adquiridos en sociedad de gananciales, acciones, participaciones u otros cuya titularidad vincula al sujeto activo del delito, basta que se acredite su titularidad como bien propio nada impedirá ser embargado para garantizar el pago de la reparación civil.

A. Solicitud del Embargo.

Una vez el bien patrimonial embargable, el representante del ministerio público y el actor civil, según sea el caso, solicitará al Juez de Investigación Preparatoria la adopción de las medidas de embargo, motivando con la respectiva justificación, así como también examinará los presupuestos legales exigidos, también especificará el bien materia de afectación del embargo, precisando el monto a embargar o en su defecto señalará la

forma de la medida que están previstas en el artículo 303° del Código Procesal Penal.

El embargo puede solicitarse en forma de depósito, embargo forma de inscripción, embargo en forma de retención, embargo en forma de administración de bienes, embargo de inmuebles sin inscripción registral, entre otros, según la situación y la condición que se encuentra el bien patrimonial que se adaptará a las exigencias de los que se solicite. Como bien lo habíamos señalado, el embargo se puede incoar mediante una medida cautelar en los inicios de la investigación preparatoria para tener más probabilidades que la obligación de pagar la reparación civil se cumpla a cabalidad.

B. Resolución Judicial del Embargo.

Una vez solicitado la medida cautelar de embargo de un determinado bien patrimonial, el juez de la investigación preparatoria, sin trámite alguno, emitirá el auto de embargo en la forma solicitada o la que considere adecuada, sin dejar de examinar los presupuestos que exige la medida cautelar que se desarrolló en el presente trabajo de investigación, tales como que exista suficientes elementos de convicción para sostener que el imputado viene a ser el autor o participe del delito objeto de imputación, así como también exista un riesgo fundado de insolvencia u ocultamiento o desaparición de bienes del procesado.

C. Ejecución e Impugnación del Auto de Embargo.

Una vez obtenido el auto de embargo, el obligado puede llegar a tener una conducta obstruccionista destinada a impedir o dilatar la ejecución de la medida cautelar, salvo el recurso de apelación, será declarado liminarmente improcedente.

En cuanto a la admisión y ejecución de la medida cautelar, es inaudita parte, quiere decir, que el afectado sólo tomará conocimiento una vez concretado la medida, siendo apelable dentro del tercer día de notificado concediéndose sin efecto suspensivo.

D. Sentencia Firme y Embargo.

En caso de que se emita la sentencia condenatoria, pasará a la etapa de ejecución, requiriendo al condenado el pago de la reparación civil, bajo apercibimiento de iniciar la ejecución forzada del bien afectado, en consecuencia, la medida cautelar afectado adquiere la calidad definitiva.

Caso contrario, si la sentencia absuelve al procesado o exista sobreseimiento u otras situaciones similares, se evaluará la responsabilidad civil a efectos de determinar si existe una obligación de reparar el daño, si lo hubiera. De existir la obligación de resarcir se ejecutará la sentencia en dicho extremo, caso contrario, existirá perjuicio patrimonial al procesado, toda vez que no tiene responsabilidad penal no civil, sin embargo ha sido embargado mediante una medida cautelar de naturaleza real afectado un bien patrimonial, en ese sentido, el juez levantará el embargo de forma inmediata de oficio o a pedido de parte y se determinará la mala fe o maliciosa por parte de la presunta agraviada a fin de fijar una suma de dinero por concepto de indemnización.

E. Autorización Para Vender el Bien Embargado.

Conforme al artículo 307° inciso 1° del Código Procesal Penal, si el procesado o condenado decide vender el bien patrimonial embargado, este pedirá la autorización respectiva al juez a efectos que dicho bien sea transferido a un tercero quien tendrá también el conocimiento de la afectación judicial del bien; de lo

contrario, se estaría cometiendo el delito de estelionato tipificado en el artículo 197° numeral 4° del Código Penal. La venta se realizará en subasta pública, cubriendo el monto del embargo, mientras la diferencia será devuelto al procesado o sentenciado, conforme el artículo 307° numeral 2° del Código Procesal Penal.

2.1.32. El Procedimiento de Ejecución Forzada.

Una vez emitida la sentencia consentida o ejecutoriada, donde establece la obligación de resarcir a la parte agraviada, llegando a la etapa de ejecución forzada que tiene como objetivo de lograr satisfacer el crédito del acreedor ejecutante a través del remate de un bien o la adjudicación de un bien inmueble.

La ejecución Forzada en el Código Procesal Civil.

La ejecución en cuanto se trata de la reparación civil en la vía penal sigue las mismas reglas establecidas en el Código Procesal Civil, en consecuencia, para entender la ejecución de la responsabilidad civil en sede penal es necesario saber cómo se realiza en el proceso civil.

La ejecución forzada es la última etapa del proceso de ejecución, consiste en utilizar diversos mecanismos que la norma civil dispone a efectos de satisfacer y concretizar lo que manda la sentencia en el extremo de la reparación civil.

En nuestro Código Procesal Civil regula la ejecución forzada en el Capítulo V, del Título V de los procesos de ejecución, en el artículo que van del 725° al 748° que comprende el remate, la adjudicación y el pago comprendido.

Para que la normatividad citada sea aplicada, es necesario que el obligado tenga recursos económicos y patrimonios, de lo contrario se declarará insolvente sin llegar a la ejecución forzada.

Esto se complica cuando se trata de un proceso penal, toda vez que los ingresos económicos será cesado cuando deje de laborar producto de una prisión preventiva o establece la pena privativa de libertad, así mismo, los obligados a reparar el daño tratan de evadir dicho pago al transferir sus bienes propios a terceras personas, en consecuencia resulta de vital importancia interponer una medida cautelar al inicio de la etapa de investigación preparatoria a fin de asegurar el pago del resarcimiento.

2.1.33. Las formas de ejecución forzada.

Conforme lo establece el artículo 725° del Código Procesal Civil que a la letra indica: «La ejecución forzada de los bienes afectados se realiza en las siguientes formas: 1. Remate; y 2. Adjudicación.», del precepto normativo citado se desprende que la ejecución forzada de los bienes del deudor, el ejecutante podrá rematar o la adjudicación en pago. Ambas modalidades persiguen un objetivo, el pago de la reparación civil a favor de la agraviada víctima de violación sexual. El remate de los bienes consiste en subastar de manera pública por el martillero una vez tasado el precio por peritos especialistas en la materia, el pago de la reparación civil quedará satisfecho una vez sea vendido el bien entrado en remate; mientras la adjudicación por pagos no es otra cosa que subrogar el cumplimiento o en forma sustitutoria del pago, tal como la entrega de un bien inmueble a favor de la víctima.

2.1.34. La Tutela Cautelar y la Tutela Judicial Efectiva.

A efectos de asegurar que la sentencia sea cumplida a cabalidad, el Código Procesal Penal ha visto por conveniente en utilizar mecanismos procesales como la medida cautelar para garantizar los fines del proceso penal, tales como ejercitar la coerción personal y real, como bien lo señala Áriano Deho (2014); «El proceso cual sustituto civilizado de la auto tutela cumple dentro del sistema jurídico una función fundamental: el ser instrumento para lograr la tutela de

nuestros derechos o más en general, de aquellas posiciones subjetivas sustanciales que el propio ordenamiento jurídico nos reconoce o atribuye.» (p. 9)

En efecto, la medida cautelar, ya sea personal o real, no es otra cosa más que mecanismos o instrumentos que garantiza el cumplimiento de la sentencia, en consecuencia, existe una suerte de tutela procesal, toda vez que logra tutelar la norma y su cumplimiento a esta, para no ser quebrantadas y a la vez para garantizar la protección de la norma.

Medidas de coerción personal y real.

La comisión de un evento delictivo genera conmoción social esperando que el autor del delito sea sancionado y repare los daños efectuados, sin embargo, la sanción y la reparación civil no se podrá imponer mientras dure el proceso penal. Por tal razón, solo queda realizar una medida cautelar a efectos de asegurar y garantizar la presencia del imputado en el proceso penal y la reparación civil para efectivizar la sentencia.

Estas medidas cautelares aseguran los fines del proceso penal, que se podrá interponer en el mismo proceso penal, pese de no existir una sentencia consentida ni ejecutoriada, pues solo garantiza que el proceso penal continúe sin percances.

A. Las Medidas Cautelares de Carácter Personal.

A efectos que el procesado no logre entorpecer la investigación preparatoria, siendo la detención una medida de coerción personal que se adopta con la finalidad de agilizar los actos procesales del proceso penal a fin de que se ejecute de manera satisfactoria de la sentencia, en tal sentido la norma procesal penal otorga las herramientas como la medida cautelar de

prisión preventiva de libertad a efectos de limitar del derecho a la libertad personal ambulatoria del procesado.

B. Las Medidas Cautelares de Carácter Real.

Este mecanismo procesal impuesta por la víctima persigue asegurar la reparación civil a efectos de resarcir el daño al término del proceso penal, por ende, la víctima utiliza esta medida para garantizar el pago del daño causado por la conducta delictiva, en consecuencia el Estado, haciendo uso del poder coercitivo, limita a la libre administración o disposición de los bienes del imputado a fin de asegurar que estos bienes patrimoniales estén destinados para reparar el daño como bien lo explica el maestro Neyra Flores (2010)

Son aquellas medidas procesales que recaen sobre el patrimonio del imputado o en todo caso sobre bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos, con la finalidad de impedir que durante el proceso, determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del imputado, afecten la efectividad de la sentencia con relación a las consecuencias jurídicas de carácter económico del delito o en cuanto a la propia eficacia del proceso. (p. 491)

En efecto, este tipo de medidas cautelares van a recaer a los bienes patrimoniales del imputado con el único fin que el resarcimiento del daño queda asegurado en el proceso para ser cumplida al momento de la etapa de ejecución de la sentencia, de ese modo se cumple los fines del proceso penal, garantizando la tutela judicial efectiva de la víctima, siendo más proteccionista al agraviado en este tipo de procesos.

Medidas Cautelares para Asegurar el Pago de la Obligación Resarcitoria.

El proceso penal cuenta con diversas herramientas para que se cumpla con total efectividad lo decidido en la sentencia, tratar de evitar que el imputado evade de alguna forma el fallo final del proceso, en ese sentido, los legisladores han previsto esta situación tratando de cubrir todas las huidas de las obligaciones generadas por la conducta delictiva del imputado. Estos mecanismos son utilizados en beneficio de la agraviada, tutelando sus derechos, entre ellos, el resarcimiento íntegro del daño, como bien lo señala Priori Posada (2014)

El proceso es un instrumento destinado a hacer verdaderamente efectivo los derechos fundamentales y situaciones jurídicas de ventaja que el ordenamiento ha previsto a favor de los ciudadanos; por ello, la exigencia de efectividad en el terreno del proceso a que lo decidido por el órgano jurisdiccional sea cumplido proveyendo al ciudadano de todos los medios adecuados para que se garantice la efectividad de las resoluciones judiciales. (p. 43)

De lo citado, se observa una protección a la parte agraviada del delito, toda vez que la norma brinda una mayor tutela judicial efectiva, otorgando un acceso al proceso para reclamar el resarcimiento del daño causado por el imputado, tratando de acudir a esta vía penal esperando que el interés patrimonial y extrapatrimonial merado sea resuelto a un tiempo razonable de manera efectiva, es decir que la reparación civil sea de forma íntegra y completa, tal como lo expresa Gálvez Villegas (2016) de la siguiente forma: «(...) este derecho despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y la obtención de una solución un plazo razonable; y tercero, una vez

dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos.» (p- 362)

Debemos tomar en cuenta, que el imputado buscara diversas salidas para evadir la obligación civil, ocultando sus bienes patrimoniales con la única finalidad de negar en cumplir con la reparación civil, pese que la norma procesal tutela el derecho del resarcimiento a favor de la agraviada. Por esa razón los legisladores han previsto estas trabas que podría encontrar la víctima en el transcurso del proceso, pero frente a estos temerarios, la norma ha incluido la medida cautelar real para asegurar el cumplimiento de la sentencia en el extremo de la obligación reparatoria, como dice Gálvez Villegas (2016)

Asimismo, los involucrados en el proceso pueden buscar evitar la imposición de las consecuencias patrimoniales del delito, ocultando sus bienes, a fin de evadir el pago de la reparación civil y demás consecuencias pecuniarias del delito, o también ocultar o transferir los efectos o ganancias del delito, para evitar su decomiso. Frente a estas circunstancias el ordenamiento jurídico penal ha creado las medidas cautelares reales, a fin de asegurar el cumplimiento del extremo patrimonial de la sentencia o resolución final. (p. 423)

Toda resolución final deberá ser cumplida y ejecutada de manera efectiva, de ese modo, el proceso penal a previsto las diversas situaciones que el imputado practicará para que no se lleve a cabo con el cumplimiento de lo que el juzgador haya decidido, en ese sentido, la norma procesal a otorgado a la agraviada el mecanismo de asegurar la pretensión resarcitoria.

Caducidad.

No se debe dejar de lado la caducidad de la medida cautelar, pues en las normas civiles las medidas cautelares que se

interponen no son eternas, pues existe plazos establecido en el artículo 625° del Código Procesal Civil (2016) que señala: «Toda medida cautelar caduca a los dos años de consentida o ejecutoriada la decisión que amparó la pretensión garantizada con ésta. (...)» (p. 636)

En ese sentido, como se ha podido observar en el transcurso del presente trabajo que, en el proceso penal puede llevarse diversas pretensiones, tales como civil y penal, en cuanto al primero, mayormente el agraviado pretende la reparación civil dentro del proceso penal; sin embargo cabe dilucidar que a pesar que en la acción civil se interpone una medida cautelar real dentro del proceso penal, este no seguirá los lineamientos del artículo 625° del Código Procesal Civil, sino la doctrina ha visto por conveniente que las medidas cautelares hechas dentro del proceso penal no se caducarán, como lo señala Gálvez Villegas (2016)

En tal sentido, las medidas cautelares, como el embargo, dictadas en el proceso penal no caducarán conforme a las normas civiles, procesales civiles y registrales, sino que se levantarán, alzarán, variarán o dejarán sin efecto conforme a las normas procesales penales y por disposición del juez penal cuando el embargo “preventivo” (cautelar) se conviertan en medidas de carácter definitivo o de ejecución forzada y se produzca el respectivo remate o adjudicación; o también cuando las medidas pierdan su carácter asegurativo o se vuelva innecesaria para tal fin. (p. 436)

En efecto, las medidas cautelares planteadas en el proceso penal, por más que son de naturaleza real, por más que persiga pretensiones netamente civiles, estos no caducaran conforme lo dispone el artículo 625° del Código Procesal Civil, sino que estas

medidas tenderán en levantarse, alzarán, serán variadas, hasta dejarse sin efecto, pero jamás estos caducarán.

C. Principios de la Medida Cautelar.

Principio de Legalidad.

El juzgador deberá evaluar el principio de legalidad para efectuar la medida cautelar que justifique la detención del imputado y la retención de los bienes patrimoniales de este, en ese sentido, la medida cautelar solo deberá ser usada en ocasiones a fin de proteger otros derechos que la Constitución Política del Perú lo protege, tal como bien lo señala Cáceres J. Robert (2009)

Una medida cautelar será legal si se aplica a alguno de los supuestos materiales contemplados en la ley de la materia, así su adopción sólo puede ser consecuencia del estricto cumplimiento de los tasados motivos señalados en la norma procesal en concordancia con los presupuestos constitucionales establecidos en la Carta Magna y que son los únicos que justifican el sacrificio de los derechos fundamentales. (p. 78)

Es decir, las restricciones a la libertad como a la disposición del bien patrimonial son tasadas, y estas restricciones deberán estar establecidas en la ley, así como los procedimientos que se siguen y los presupuestos que se exigen.

Principio de jurisdiccionalidad.

Este tipo de medidas restrictivas de la libertad personal y patrimonial sólo serán dispuestas por los jueces del órgano jurisdiccional, pues este último es la garantía que los derechos a la libertad y a la disposición patrimonial no sean perturbados de forma arbitraria e ilegítima, toda vez que el juez de garantía resuelve las medidas cautelares impuestas por el Ministerio Público el abogado defensor de la parte agraviada.

Principio de instrumentalidad.

Toda medida cautelar se caracteriza por ser netamente instrumental, toda vez que aseguran la efectividad de la sentencia, de esa forma garantiza y asegura el cumplimiento íntegro de la sentencia fallada. En otras palabras, las medidas cautelares tienen una finalidad aseguradora y anticipatoria de un proceso principal que se efectuara en el futuro o que está pendiente en ser resuelto, en ese sentido, este último necesita de un mecanismo a efectos de que el fallo sea cumplido.

Principio provisional.

Las medidas cautelares son impuestas exclusivamente por los jueces que deciden a efectos de garantizar el cumplimiento de la resolución final, sin embargo, los efectos de la decisión optada en la medida son de forma temporal más no permanente, tal como lo predispone el artículo 255° incisos 2° del Código Procesal Penal (2016) que a la letra dice: «Los autos que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo.» (p. 491), en otras palabras, «Son provisionales pues se cumplen por determinado plazo, se encuentran sometidas a la cláusula rebús sic stantibus ya que su permanencia o modificación estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial.» (Neyra Flores, 2010, p. 490)

Principio de temporalidad.

La medida cautelar al ser provisional, en consecuencia, viene a ser de naturaleza temporal, y en ese periodo de tiempo garantiza que la disposición del juez plasmados en la sentencia sea cumplida en su integridad. Esto, a la vez garantiza la tutela judicial efectiva a favor del quien persigue el derecho, otorgando

seguridad jurídica, no solo al quien lo pretende, sino al quien va repercutir la medida cautelar, toda vez que el juzgador evaluará los derechos que se limitaran al procesado y si estas medidas vienen a ser necesarias, bajo criterios razonables y proporcionales.

Por otro lado, al tener un proceso a realizarse o pendiente, la medida cautelar resultara sus efectos aseguratorias de forma temporal, esto evita las dilaciones del proceso para ser ejecutadas, tal como lo advierte el profesor Cáceres al señalar lo siguiente: «Así la temporalidad ofrece una garantía de seguridad jurídica al informar al investigado que se limita a su derecho fundamental, tiene un inicio y un término temporal predeterminado por la ley, ello evita las dilaciones indebidas.» (Cáceres J. Robert, 2009, p. 83)

Principio de variabilidad.

El Código Procesal Civil ya nos ha advertido que la medida cautelar no son estáticas, sino tienden a variar, pues pueden ser modificadas en el transcurso del proceso principal. Lo mismo ocurre en los procesos penales, la posibilidad de la modificación de las medidas cautelares ocurrirá cuando los presupuestos que justificaron para la detención preventiva de libertad o restringir la disposición de los bienes patrimoniales desaparecen de manera significativa.

Principio de proporcionalidad.

Cuando hablamos de la medida cautelar de coerción personal, la proporcionalidad se deberá de medir entre el peligro procesal y la intensidad de la medida coercitiva, es decir, «Debe entenderse como la equivalencia que debe existir entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal.» (Neyra Flores, 2010, p. 489).

De la misma forma ocurre las medidas cautelares que buscan asegurar el pago de la reparación civil, la medida recae a un bien patrimonial que tenga el equivalente valor del daño causado o de lo que se considera tener. Gálvez Villegas (2016): «(...) se impondrá la medida más adecuada para garantizar las finalidades buscadas; y, debe ser impuesta solo cuando resulte absolutamente indispensable y por el tiempo estrictamente necesario, debiendo priorizarse la medida menos gravosa a los derechos constitucionales del afectado.» (p. 427)

En efecto, la proporcionalidad es un método para medir la gravedad de la coerción que se deberá imponer al procesado al evaluar la legitimidad de limitar derechos de la libertad personal y patrimonial como bien lo explica Cáceres Julca (2009)

La proporcionalidad es también una técnica o método para examinar la legitimidad de la actuación estatal sobre el derecho que se pretende limitar, evaluando si esta resulta o no acorde con los elementos fácticos presentes y si estos guardan identidad con los presupuestos normativos utilizados para solicitar la restricción del derecho fundamental. (p. 278)

Para evitar arbitrariedades en la coerción de la libertad personal y patrimonial, se deberá examinar mediante la proporcionalidad entre dos derechos que se anteponen uno con otro, mientras el primero viene a ser la libertad, y el último, la existencia de un peligro procesal; estos deberán ser ponderados a fin de escoger la intensidad de medida coercitiva, que va de la mano a la eficacia para evitar posibles peligros a la perturbación del proceso. En ese sentido, se podría hablar de que: «El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Esta sospecha miento asume la forma

de un juicio de proporcionalidad respecto a qué medios cumplen con ser tanto los más efectivos como los necesarios para el ejercicio legítimo de un acto de restricción de derecho.» (Cáceres Julca, 2008, p. 309)

El último párrafo del artículo 200° de la Constitución Política del Estado dispone lo siguiente: «Cuando se interpone acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examinará la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo»; de la norma se desprende que el juzgador evaluará mediante el principio de proporcionalidad ante la existencia de derechos contrapuestos a efectos de ponderarlos una con otra obteniendo como resultado una decisión proporcional, utilizando subprincipios para evitar la desproporcionalidad del análisis del problema.

Subprincipios del principio de proporcionalidad.

El subprincipio de idoneidad.

El juzgador examinará la legitimidad para restringir derechos constitucionales y que la medida adoptada viene a ser idónea para alcanzar los fines del proceso inmediato, es decir hay que contrastar que la medida coercitiva es idónea para la obtención de un objetivo constitucionalmente legítimo. Ávalos Rodríguez (2003) refiere que el subprincipio de idoneidad:

Se encuentra referido a la capacidad que debe tener la restricción de los derechos fundamentales a la que se recurre en calidad de medio para posibilitar el logro de la finalidad perseguida. La idea básica es que una injerencia en los derechos fundamentales carente de utilidad, por idoneidad para

el logro del fin perseguido, resulta claramente desproporcionado. (p. 16)

En otras palabras, que la idoneidad de la medida optada tenga relación con el objetivo y sea legítimo, generando la protección de bienes jurídicos completamente relevantes.

Subprincipio de necesidad.

Debe examinarse antes de adoptar una decisión en la medida cautelar la posible existencia de una solución alterna que cumpla los mismos objetivos perseguidos en la pretensión, pero que está sea menos gravosa, es decir benigna al derecho fundamental afectado, como bien lo refiere el maestro Cáceres (2009):

Este su principio una regla de decisión que parte de la concepción de que la determinación de una medida cautelar en particular, debe primero observar la no existencia de una medida alternativa de similar o igual efectividad de aquella que se pretende imponer, si existiera ésta, debe elegirse aquella que comporte una menor lesión a derechos que se pretende restringir. (p. 46)

Al tener diversas alternativas de solución que cumplen con el objetivo de proteger otros derechos o bienes jurídicos, se deberá de escoger la menos gravosa, quedándose con el medio de coerción más benigno con el derecho afectado.

Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

La libertad personal o patrimonial, cuyos derechos son fundamentales, sin embargo, deberán ser sacrificados para preservar otros derechos, pero estas medidas coercitivas

deberán estar legitimadas y justificadas, sin forzar la decisión, de lo contrario se estaría quebrantando la proporcionalidad de la medida optada, convirtiéndose actos arbitrarios.

Así la legitimidad de la decisión dependerá de que no sea arbitraria, es decir, que constituye una exigencia necesaria para preservar un derecho o valor constitucionalmente protegido y de que se imponga un sacrificio proporcionado sobre el resto de los derechos, bienes o valores en juego. En estos casos se impone una motivación reforzada en que se explique las razones que condujeron al órgano jurisdiccional al limitar el derecho fundamental. (Cáceres J., 2009, p. 49)

En conclusión, este subprincipio no es otra cosa más el medio para mantener el equilibrio entre el medio coercitivo y la finalidad del proceso, es decir «Este subprincipio implica que los medios elegidos deben mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido por la norma procesal, lo que supone armonizar el sacrificio de forma que sea adecuado e indispensable para sujetar al imputado al proceso.» (Cáceres J., 2009, p. 48)

Principio de razonabilidad.

Sobre la restricción de la libertad personal y real, la norma no logra explicar de forma satisfactoria el motivo de afectar estos derechos fundamentalmente; de esa manera el principio de razonabilidad permite explicar la necesidad de proteger otros derechos relevantes o bienes jurídicos, justificando la intervención del poder coercitivo del Estado garantizando el fin legítimo, tal como logra explicar el en el fundamento noveno del expediente Nro. 0006-2003-AL/TC de fecha 01 de diciembre del 2013, caso Acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 Congresistas de la República, señala:

El principio de razonabilidad comporta encontrar justificación lógica en hechos, conductas y circunstancias que motivan acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos. (p. 6)

En otras palabras, este principio se basa en criterios razonables y lógicos que trata de explicar más allá de lo normativo, apreciando la razonabilidad de la medida y la necesidad de imponer a efectos de proteger la finalidad que persigue la norma; es decir, «Se trata así de un estándar valorativo que permite escoger una alternativa entre varias que tienen el mismo fin, restringir derechos fundamentales, pero valiéndose de criterios sustentados en elementos objetivos que pueden ser contrastados con la realidad.» (Cáceres Julca, 2009, p. 302)

D. Presupuestos de la Medida Cautelar Reales.

Ante la existencia de una responsabilidad civil por parte de los delincuentes que mediante su conducta delictiva ha dañado bienes jurídicos de tinte patrimonial y extrapatrimonial, así como también las demás personas involucradas de forma indirecta estarán obligadas a responder las pretensiones pecuniarias para resarcir el daño. En ese sentido, para asegurar el cumplimiento del pago de la reparación civil, el Ministerio Público que acciona a favor de la agraviada y el actor civil están facultados para plantear una medida cautelar real a efectos de restringir la disposición de bienes patrimoniales de los obligados.

Como en toda medida cautelar, estos tienen diversos presupuestos para ser el otorgamiento de la medida, toda vez

que existe tutela jurisdiccional efectiva para las partes procesales, pues en estos casos la norma brinda protección al afectado de la medida cautelar para disminuir la gravedad del perjuicio al quitar el derecho de disponer el bien patrimonial; en ese sentido se deberá primero en verificar la veracidad del derecho, el peligro de la demora y la contracautela. Estos presupuestos han sido ampliamente explicados en el derecho civil, sin embargo, para el derecho penal algunos institutos existirán, pero variarán en su aplicación.

a) *Fumus boni iuris o apariencia del derecho.*

En este presupuesto se llega a calcular sólo a un nivel de probabilidad del derecho exigido que corresponde a quien lo invoca, es decir adelantar o prever la decisión del proceso principal de una forma somera, siendo esta solo una apariencia del derecho pedido, llegando aceptarse como un derecho probable mas no como una realidad incuestionable. Como bien lo menciona Guerra Cerrón (2010): «En la calificación del pedido cautelar se deberá verificar el presupuesto de la verosimilitud o, como también se le conoce, la apariencia del derecho, lo que parece que es o aquello con posibilidad de ser creído.» (p. 182)

En efecto, se hace un conocimiento sumario del derecho, pues se realiza de manera superficial, teniendo solo el grado de sospecha y probabilidad de la existencia del derecho pretendido, partiendo de una actividad probatoria exigua siendo un mero informativo, consiguiendo una simple verosimilitud o apariencia del derecho, de esa forma se llega a una presunción, pues tanto como los hechos probablemente se hayan presentado de a forma que dice ser, generando derechos y obligaciones aparentes.

Se trata de identificar el grado de sospecha sustantiva de responsabilidad que configura su dictado, ello parte necesariamente de la existencia real y efectiva de una actividad probatoria mínima que acredite el hecho o indicio que el imputado ha cometido un ilícito, constituyéndose así en un factor sine qua non respecto de la sospecha sustantiva de responsabilidad. (Informe 2/97, 1997, p. 4)

El análisis sumario efectuado en este presupuesto no implica que el juzgador se está adelantando a la decisión del fallo, toda vez que en la medida cautelar los magistrados no exige la certeza del derecho invocado, más sólo la probabilidad, esto debido a que en el proceso principal será analizado detalladamente bajo una actividad probatoria amplia, como bien lo refiere Ariano Deho (2014):

Conceder (o denegar) tutela cautelar no implica, bajo ningún ángulo, lo que el juez esté adelantando el sentido que tendrá la decisión sobre el fondo en cuanto con ello el juez no la juzga ni mucho menos la “prejuzga”. El que se exija que el juez considere verosímil la existencia de la situación jurídica sustancial a tutelar cautelarmente cumple únicamente la función de evitar que se conceda una tutela que puede provocar, en la mayoría de supuestos por no decir todos, efectos perjudiciales (...).(pp. 102-103)

El juzgador sólo deberá prejuzgar de la procedencia de la medida cautelar, más no deberá hacer un análisis para resolver el problema de fondo, pues este último se encargará el proceso principal a efectos de ser evaluado de manera amplia; en ese sentido se podrá concluir que la medida cautelar los magistrados no buscan la certeza, sino la probabilidad, en consecuencia se estaría hablando mal

en cuanto se refiere que la medida cautelar es adelantar la decisión final del proceso principal, siendo esto falso.

b) *Periculum In Mora o Peligro en la Demora.*

El peligro en la demora, no es otra cosa más que la razón de existencia de la medida cautelar, pues la demora de ser resuelto el proceso principal implica la existencia de un peligro que ocurra un acto malicioso para evitar el cumplimiento de la decisión final del juzgador; en otras palabras, por el transcurso del tiempo pueda existir posibles amenazas para que se torne la ineficacia de la sentencia definitiva, generando que no exista tutela judicial efectiva para la agraviada que exige que se repare los daños efectuados por el delito.

La medida cautelar nace porque el proceso principal no puede ser resuelto de manera inmediata, en ese sentido, este proceso corre posibles situaciones que conllevan a evitar el cumplimiento del fallo final, y esto afectará aún más cuando se prolongue el tiempo para llegar a una probabilidad de cambiar situaciones jurídicas por parte de obligado que causa la evasión de la responsabilidad patrimonial. Como bien lo explica Neyra Flores (2010):

Este peligro se refiere al riesgo de frustración que es la eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso, cuya realidad, ya no eventual, comporta la imposibilidad de proseguir dicho proceso y realizar su fin, pese a la vigencia de los principios de legalidad y necesidad. (p. 495)

Este riesgo deber ser eminente y causado por la demora del proceso principal a efectos de justificar la aplicación de la medida cautelar para que el obligado no llegue a

disponer de sus bienes reales. Este presupuesto tiene como principal función de analizar el peligro con inminente perjuicio irreparable a efectos que la sentencia sea cumplida y haya llegado a los fines del proceso.

c) *La Contracautela.*

En el proceso civil se ha plasmado en el artículo 610° inciso 4° del Código Procesal Civil (2016) lo siguiente: «El que pide la medida debe: 4) ofrecer contracautela, y» (p. 630); la contracautela no es otra cosa más que la garantía para salvaguardar los intereses de la parte afectada de la medida cautelar, toda vez que la medida cautelar tiene como característica a ser variable, pues no son definitivas, en ese sentido este presupuesto busca salvaguardar los intereses del obligado cuando el proceso principal no es amparada por el derecho, fundándose en la igualdad de las partes y equilibrio entre ellas.

En el proceso penal, el actor civil al pretender asegurar la reparación civil mediante una medida cautelar deberá cumplir con la contracautela a efectos de salvaguardar los intereses patrimoniales del afectado, sin embargo cuando no existe el actor civil en el proceso penal, el ministerio público deberá velar los derechos que corresponde a la agraviada asegurando la pretensión del resarcimiento del daño a favor de la víctima mediante la medida cautelar, pero la diferencia que el ministerio público al pretender la reparación civil, este no ofrecerá la contracautela, pues previamente el fiscal evaluará si la invocación de la medida cautelar viene a ser necesaria para asegurar la pretensión resarcitoria, como bien lo explica Gálvez Villegas (2016):

En los casos en que el agraviado no se ha constituido en actor civil, al estar legitimado el fiscal para pretender el objeto civil del delito, puede solicitar la medida cautelar orientada a asegurar el pago de la reparación civil, por propia iniciativa y sin necesidad de ofrecer contracautela. (p. 433)

El fiscal no sólo evaluará la necesidad para pedir la medida cautelar, sino también examinará los motivos de la parte agraviada para no constituirse como actor civil en el proceso penal, como lo refiere Gálvez Villegas (2016):

Sin embargo, si el agraviado, que no se ha constituido en actor civil, solicita al fiscal que pida la medida cautelar al juez, el fiscal podrá evaluar si existen razones por las que el agraviado no puede constituirse en actor civil, pese a comparecer en la investigación o el proceso, y en función a ello deberá tomar una decisión al respecto; (...). (p. 433)

En efecto, la agraviada a pesar que se encuentre apersonado en el proceso penal no puede solicitar una medida cautelar, toda vez que no ha accionado para pretender la reparación civil dentro del proceso penal como actor civil, sin embargo puede solicitar al fiscal que este pueda interponer una medida cautelar sin contracautela, en ese sentido, para no perjudicar a la parte afectada de la medida se deberá analizar los motivos que existieron para que la agraviada no se constituya como actor civil, pues este se libera de ofrecer contracautela y traslada toda la responsabilidad al ministerio público, pudiendo ser esta situación realizada de forma liberada, por tal razón se deberá examinar detenidamente estos hechos.

E. Las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal.

La medida cautelar real restringe a la libre disposición del patrimonio del imputado o de un tercero con la finalidad de garantizar el resarcimiento del daño en agravio de la víctima, así como salvaguardar los fines del proceso penal.

A la existencia de un hecho delictivo que acarrea un daño, el agresor de la norma penal se convierte en responsable civil para reparar los daños efectuados por su conducta, en esa situación el abogado defensor de la víctima o del actor civil examinará no sólo los presupuestos de la medida cautelar, sino también preguntarse qué clase de medida restrictiva adopte y si la intensidad de la misma está justificada. En ese sentido se explicará a continuación las diferentes medidas que restringen la libre disposición patrimonial del afectado de la medida cautelar.

2.1.35. Principales medidas cautelares reales en el proceso penal en materia de violación sexual.

A. El embargo.

El embargo no es otra cosa que la indisponibilidad de los bienes patrimoniales muebles o inmuebles del imputado o del tercero civil responsable, es un acto de coerción real que afecta a los responsables civiles del acto dañoso en perjuicio de la víctima, en otras palabras: «El embargo significa una afectación jurídica que se impone a un bien (mueble o inmueble), que debe revestir un monto dinerario determinado, de cuya inscripción en el registro respectivo, lo hace oponible al derecho de tercero.» (Neyra Flores, 2010, p. 491)

Este instituto procesal está destinado para asegurar la decisión del fallo final de naturaleza real, tales como la pena pecuniaria,

la reparación civil, el pago de las costas; es decir que la medida cautelar cautela la reparación civil, entre otros en temas de dinero, sea cumplida cautelando la libre disposición de los bienes patrimoniales de los obligados a resarcir el daño.

Esta medida cautelar de embargo se recomienda ser interpuesta en la etapa de la investigación preparatoria, toda vez que en dicha etapa procesal se puede llegar a investigar el caudal patrimonial del imputado o del tercero civil responsable, tal como lo refiere el artículo 302° de norma procesal penal (2016) que señala del siguiente modo: «En el curso de las primeras diligencias y durante la investigación preparatoria el Fiscal, de oficio o a solicitud de parte, indagará sobre los bienes libres o derechos embargables al imputado y al tercero civil, a fin de asegurar la efectividad de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito o el pago de las costas.» (p. 502)

En efecto, el embargo es una medida optada por el actor civil o del fiscal pretendida a favor de la víctima a efectos de asegurar la reparación civil; sin embargo se puede utilizar para otras pretensiones pecuniarias, tales como la pena pecuniaria y las costas, tal como lo menciona el maestro Gálvez Villegas (2016): «(...) solo era viable el embargo para asegurar el pago de la reparación civil, en cambio, actualmente, de conformidad con al artículo 302° del Código Procesal Penal, el embargo tiene un espectro más amplio, puesto que también opera para asegurar la efectividad de las costas procesales y otras responsabilidades pecuniarias del delito, (...)» (p. 439)

La medida cautelar de embargo resulta sus efectos mientras no se emite la sentencia definitiva, mientras tanto se restringirá la libre disposición del bien patrimonial del imputado o del tercero civil, siendo una mera retención preventiva para asegurar la reparación civil dictaminada en la sentencia; es decir:

«Constituye una medida cautelar patrimonial útil para asegurar el pago de la reparación civil si al final del proceso se dictara sentencia condenatoria; supone la retención preventiva de los bienes del investigado.» (Neyra Flores, 2010. p. 491)

Bienes inembargables.

Son aquellos bienes que son susceptibles a no ser embargados, es decir, pese que existe una sentencia firme que ordene el embargo de ciertos bienes, pero se sobrentiende que se trata sólo de bienes embargables, pasibles a ser ejecutadas en el proceso penal.

En el código procesal civil en el artículo 648° plasma una relación de bienes inembargables, en otras palabras, son aquellos bienes que no pueden ser embargados en la ejecución del proceso penal, tales como:

- a. Los bienes constituidos en patrimonio familiar,
- b. Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia,
- c. Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado,
- d. Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional,
- e. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte,

- f. Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias,
- g. Las pensiones alimentarias,
- h. Los bienes muebles de los templos religiosos, y Los sepulcros.

De lo expuesto líneas arriba, se ha consignado como bienes inembargables; sin embargo, el punto c y d, a pesar de ser considerados como bienes inembargables, pero pueden ser embargados los frutos.

La inembargabilidad de estos bienes se funda en la subsistencia del obligado, la preservación de su honor, de sus bienes sagrados como también de las actividades religiosas protegidos a nivel constitucional. Por esas razones, el legislador ha previsto que estos bienes se deben considerar como inembargables.

Formas de embargo.

El embargo en forma de depósito.

El abogado del actor civil o el fiscal deberá determinar los caudales patrimoniales del responsable civil, estos bienes deberán ser netamente muebles de propiedad del obligado; es evidente que será utilizado por esta clase de medida para que el bien sea conservado o custodiado por un depositario nombrado por el juzgador, ya sea una tercera persona o el mismo actor civil.

El bien mueble secuestrado será constituido en el depósito a custodia de una persona nombrado por el juzgador hasta que termine el proceso principal y decida la pretensión que ha provocado la medida cautelar de embargo en forma de depósito. El depositario deberá hacer la entrega al ejecutante por orden judicial, como bien lo menciona el artículo 649° del Código Procesal Civil.

Embargo en forma de inscripción.

Cuando se trata de bienes inmuebles debidamente inscritas en Registros Públicos, cuya titularidad es del responsable civil en el proceso penal. El actor civil, puede garantizar su pretensión resarcitoria mediante esta medida de embargo en forma de retención que consiste en inscribir por el monto total o parcial de la reparación civil en los registros respectivos.

Sin embargo, esta clase de medida no impide la enajenación del bien inmueble a terceras personas, pero el adquiriente del bien se hará responsable del monto inscrito que cubrirá a la víctima del proceso penal, tal como lo señala el artículo 656° del Código Procesal Civil (2016) que establece: «Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que ésta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.» (p. 646).

Embargo en forma de retención.

Esta medida cautelar puede interponerse cuando se tiene la intención de embargar derechos crediticios u otros bienes que están en posesión de terceras personas, así lo menciona el artículo 657° del Código Procesal Civil (2016) que dispone: «Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones

y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez.» (p. 647)

Del precepto normativo citado se puede deducir que esta medida de embargo en forma de retención consiste en detener los fondos crediticios que serán entregados al ejecutor de diversas formas, tales como depósito, en cuentas corrientes, custodia entre otros.

Embargo en forma de intervención en recaudación e información.

Se solicita cuando es necesario recabar información de los movimientos económicos realizados por una persona jurídica a efectos de verificar la situación patrimonial del obligado en la responsabilidad civil, ya sea para determinar la cuantía de la reparación civil.

Para determinar la situación económica del responsable civil con la finalidad de establecer la indemnización que deberá cubrir el obligado, el juzgador examinará si este tiene las posibilidades económicas para cumplir con dicha obligación civil sin que afecte a su supervivencia; en ese sentido es necesario interponer esta medida para recaudar información de sus movimientos patrimoniales para tomar en conocimiento las posibilidades pecuniarias que posee el obligado.

Embargo en forma de administración de bienes.

En esta clase de medida se nombrará a uno o varios interventores administradores con la finalidad de recaudar los frutos o utilidades que pueden realizar los bienes embargados, de esa forma la víctima se garantiza de obtener los frutos o utilidades que genera un bien embargado de manera mensual.

El bien embargado por su naturaleza genera frutos o utilidades al transcurso del tiempo, estos beneficios pueden ser administrados por terceras personas en mérito de una orden judicial, esto con el objeto de garantizar la reparación civil de la víctima que será beneficiado por este tipo de embargo cuando crea necesario obtener los frutos o utilidades del bien embargado.

Embargo de bienes inscritos a nombre de tercera persona y de inmuebles sin inscripción registral.

El embargo de bienes inscritos a nombre de tercera persona, como se puede advertir del tema es netamente civil, en consecuencia, no hay otra forma de entender esta situación jurídica más solo en consultar el artículo 650° del Código Procesal Civil (2016) que establece lo siguiente: «El embargo puede recaer en bien de tercero, siempre en cuando se acredite una vinculación jurídica con el imputado, el que no necesariamente será el tercero civil responsable.» (p. 645), del precepto normativo se puede inferir que, en el supuesto hecho de existir una obligación reparatoria, la norma establece que la garantía de pago de la obligación será por intermedio del embargo de un bien de un tercero, que necesariamente deberá existir un vínculo jurídico con el imputado, tal como un vínculo laboral, vínculo conyugal, vínculo sucesorio, vínculo filial del incapaz imputado, entre otras cosas, que no necesariamente vendría ser el tercero civil responsable.

Esta normatividad impide posibles evasiones de responsabilidad resarcitoria, tales como la venta simulada de los patrimonios del obligado a favor de terceras personas, sin embargo en base a la lógica y a la experiencia, estas ventas simuladas son otorgadas a terceras personas que cuentan un tipo de vínculo con el obligado, si esto se llegará acreditar, el juez podrá disponer el

embargo del bien inmueble inscrito a favor del tercero y se llegará a notificar también a este último para su descargo respectivo, tal como lo menciona el profesor Gálvez Villegas (2016).

Se puede acreditar la propiedad del bien a favor del obligado a pesar de que aparece inscrito en los Registros Públicos a favor de tercero, cuando por ejemplo este ha declarado que el bien es de su propiedad ante alguna entidad pública o privada como municipalidades, asociaciones, colegios, ect., o cuando el propio tercero proporciona tal información; asimismo, cuando exista otra prueba indubitable al respecto o cuando el propio obligado así lo reconozca. En este caso se notificará del embargo a la persona a nombre de quien aparece registrado el bien se inscribirá la medida. (p. 445)

Como se puede deducir en base a la normatividad, este bien tiene ser inscribible en los registros públicos; sin embargo, cabe la posibilidad que dicho bien no se encuentra inscrito en los registros públicos, pues en nuestro país la mayoría de los bienes inmuebles no se encuentran registrados, toda vez que los propietarios solo cuentan con una minuta y/o escritura pública, título suficiente para que se acredite la propiedad, pero no viene a ser de público conocimiento. Esta situación no viene a ser una barrera más para que se convierta en una garantía de pago de la obligación resarcitoria, toda vez que el juez o a pedido de parte podrá efectuarse la primera inmatriculación en registros públicos del bien inmueble, tal como lo señala Gálvez Villegas (2016)

En este supuesto, como quiera que el inmueble es desconocido para los Registros, el mismo juez, a pedido de parte, deberá disponer la inmatriculación del bien, esto es, dispondrá la

primera inscripción del bien a efectos de viabilizar la inscripción de la medida de embargo. Con ello a la vez, queda claro que este tipo de embargos solo procederá en forma de inscripción y solo sobre inmuebles. Con dicha medida, el bien queda sujeto al gravamen en garantía de cumplimiento de la obligación respectiva. (p. 445)

En efecto, esta primera inmatriculación de un bien inmueble dispuesta por mandato judicial, se debe tratar solo de bienes inmuebles, más no de bienes muebles, por la única razón que los bienes muebles son inscritos desde la transferencia a diferencia de los bienes inmueble que la mayoría de ellos no se encuentran inscritos en los registros públicos, por esa razón que el mandato judicial dispondrá, siempre en cuando se acredita vinculación o venta simulada.

Embargo de bienes en régimen de copropiedad.

Cabe la posibilidad que el obligado de la pretensión resarcitoria tenga un bien de régimen de copropiedad, es decir que el patrimonio tiene dos o más propietarios, en las cuales, uno de ellos viene a ser el obligado que tiene una cierta cuota al igual que los demás, con diferentes porcentajes, salvo si son cuotas ideales presumiéndose que corresponden partes iguales a cada copropietario.

En esta situación, el obligado que viene a ser copropietario de un patrimonio, el embargo solo podrá surtir sus efectos a la cuota que lo corresponde al obligado, sin afectar a la cuota de los demás copropietarios, tal como lo menciona el profesor Gálvez Villegas (2016)

Procede el embargo sobre cualquier bien sujeto al régimen de copropiedad, sin embargo, en este caso, la medida solo alcanza

a la cuota del obligado, es decir, a las acciones o derechos que le corresponden el bien. De no estar precisada debidamente la cuota ideal que le corresponde a cada uno de los copropietarios, se presume que las cuotas son iguales entre todos los copropietarios, salvo prueba en contrario. (p. 445)

Viene a ser razonable la posibilidad de efectuar un embargo a un patrimonio sujeto al régimen de copropiedad, afectando sólo la cuota del obligado para garantizar el pago de la pretensión indemnizatoria, de esa forma no se llega a desamparar a la víctima.

Embargo de bienes del Estado.

Debemos recordar que el artículo 73° de la Constitución Política del Estado (2016) establece: «Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.» (p. 897), asimismo, el primer párrafo del artículo 616° del Código Procesal Civil (2016) establece: «No proceden medidas cautelares para futura ejecución forzada contra los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades.» (p. 633); en definitiva, la norma procesal civil impide la medida cautelar contra patrimonios pertenecientes al Estado; pero esto no impide que exista ejecuciones forzadas de embargo contra las entidades pertenecientes al Estado, pues cabe la posibilidad que puedan actuar como tercero civil responsable en un determinado delito, o en su defecto puede ser el autor o partícipe, siendo el obligado para la reparación civil a favor de la víctima, como lo establece Gálvez Villegas (2016)

(...), en determinados casos, las diversas instituciones o entidades estatales pueden ser comprendidas como terceros civiles, y en tal calidad pueden resultar condenadas al pago de la reparación civil en forma solidaria con el responsable penalmente (autor o partícipe del delito). En estos casos, si no se cumpliera con pagar oportunamente, y como quiera que el mecanismo de ejecución forzada de las obligaciones patrimoniales es el embargo, se pueden embargar bienes pertenecientes a estas entidades. (p. 446)

En efecto, el Estado como obligado en resarcir la pretensión indemnizatoria es pasible de ser embargados los patrimonios en ejecución forzada instada por el poder judicial, siempre en cuando el Estado participa en el proceso penal como autor, partícipe o tercero civil responsable. De esa forma, la víctima no se encuentra desamparada cuando se trate de la reparación del daño.

Embargo de bienes de la sociedad conyugal.

El artículo 309° del Código Civil (2016) establece lo siguiente: «La responsabilidad extracontractual de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los que la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación» (p. 103); del precepto normativo se desprende la responsabilidad civil alcanza solo a los bienes del cónyuge deudor de la sociedad conyugal, más no a los bienes propios del cónyuge no procesado, así como también no afecta a la cuota del cónyuge no procesado, pues existe liquidación de la sociedad conyugal, es decir el divorcio o pasar a un régimen de separación de bienes.

En ese sentido, el cónyuge deudor deberá de mencionar los bienes libres de gravamen o parcialmente gravados, caso

contrario el juez penal podrá disponer la sustitución de un régimen de sociedad de gananciales a un régimen de separación de bienes, esto con la finalidad que se podrá lograr el embargo de los bienes del cónyuge deudor, así lo explica Gálvez Villegas (2016):

(...), podrá ser requerido por el juez para que señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados, y si no cumpliera en el plazo de 5 días, se determinará de pleno derecho la sustitución del régimen de la sociedad de gananciales por el régimen de separación de bienes, procediéndose a la liquidación del primero; luego de ello podrán embargarse sin problema alguno los bienes que le correspondan al cónyuge deudor. (p. 451)

El legislador ha visto por conveniente que el juzgador tenga la potestad de sustituir el régimen de sociedad de gananciales para pasar al régimen de separación de bienes, esto con la finalidad de no desamparar tanto a la víctima como al cónyuge inocente, de esa forma solo se afectará los bienes patrimoniales del cónyuge deudor.

Esta medida puede ser tomada como última alternativa, pues puede suceder que el imputado no tenga más bienes que sólo se encuentra en la sociedad de gananciales, en ese sentido «puede suceder que se hayan embargado bienes gananciales, a sabiendas del carácter privativo de la deuda, como única forma de satisfacer al acreedor ante la insuficiencia de los bienes privativos del cónyuge deudor.» (Gascón Inchausti, 2001, p. 8).

Embargo, afectación de remuneraciones y pensiones.

Es posible que el obligado solo tenga ingresos económicos producto de su labor que percibe de manera mensual, esta

remuneración puede ser afectado hasta la tercera parte que pasará a favor de la víctima del delito, como lo establece el artículo 98° del Código Penal (2016) que establece: «En caso de que el condenado no tenga bienes realizables, el Juez señalará hasta un tercio de su remuneración para el pago de la reparación civil» (p. 116)

Como se puede observar en la norma penal, está regulado la afectación de la remuneración del obligado, sin embargo no hace mención alguna pensión que pueda percibir el obligado y que esta puede ser aprovechada para que la víctima no quede desamparada en su pretensión indemnizatoria, pero como dijimos antes, la norma se debe de interpretar de manera sistemática, para ello es necesario echar un vistazo al Código Procesal Civil (2016) en el inciso 6° del artículo 648° que prescribe lo siguiente: «Son inembargables: 6. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.» (p. 643); del precepto normativo se puede inferir que es posible afectar no solo la remuneración, sino también la pensión que percibe el obligado, siempre en cuando supera cinco Unidades de Referencia Procesal y solo puede ser embargados la tercera parte, esto en aplicación supletoria del Código Procesal Civil, así como también lo advierte Gálvez Villegas (2016):

(...) resulta de particular interés, establecer si este artículo (98 del Código Penal) puede aplicarse para la afectación, con fines de pago de la reparación civil, de las pensiones que percibe el condenado o tercero civil. Al respecto, al no prever la norma la afectación de las pensiones no resulta de aplicación respecto de estas el referido artículo; lo contrario constituiría la aplicación de una analogía in malam parte, la misma que está prohibida por el

artículo 9) de la Constitución Política del Estado concordante con el artículo III del Título Preliminar del Código Penal. Claro que cuando se trate de pensiones que excedan las cinco unidades de referencia procesal, pueden ser embargadas y afectadas con fines de reparación civil sin problema alguno, conforme a lo dispuesto por el inciso 6) del artículo 648 del Código Procesal Civil, (...). (p. 454)

En efecto, es posible afectar tanto como la remuneración y la pensión del obligado, esta interpretación sistemática conlleva a la protección y aumentar aún más la garantía de la pretensión indemnizatoria de la víctima.

Levantamiento y alzamiento del embargo.

La medida cautelar es carácter provisional, pues la decisión optada por esta medida garantiza el cumplimiento del fallo definitivo del juzgador; en ese sentido la medida cautelar puede variar los fundamentos de los presupuestos que sirvió de base para que se declare fundada, en consecuencia esta medida se puede levantar y dejar sin efecto de la medida cautelar, tal como lo explica Gálvez Villegas (2016), que entiende por levantamiento: «(...) al hecho de dejar sin efecto la medida cuando nuevas circunstancias determinen la ausencia de los presupuestos del embargo (fumus boni iuris, periculum in mora o de la contracautela cuando esta sea exigible) o existen razones que determinan la innecesariedad de la medida.» (p. 458)

Como ya se ha dicho en reiteradas veces, en el proceso penal se persigue dos pretensiones, la primera con fines sancionatorios y el otro con el objeto de llegar a una reparación a favor de la víctima, en ambos pueden interponerse una medida cautelar, personal y real, respectivamente. En caso de que la

medida cautelar de naturaleza real es levantada por cualquier motivo, esta situación no quita la responsabilidad penal o civil, pues esto se determinará de manera definitiva en el fallo que emitirá el juzgador penal, como bien lo señala el profesor Gálvez Villegas (2016): «En principio, el alzamiento quiere decir que por el momento queda sin efecto el embargo, sin que ello signifique que se ha desvirtuado la responsabilidad penal o pecuniaria del afectado con la medida.» (p. 458)

Pese que la medida cautelar es levantada por variación de los fundamentos presupuestales, el proceso penal continuará hasta emitir el fallo final que determine la responsabilidad penal y civil que de forma inmediata se pedirá la ejecución de la sentencia firme, tal como lo prescribe el artículo 306° inciso 2° del Código Procesal Penal (2016) que señala: «2. Firme que sea una sentencia condenatoria, se requerirá de inmediato al afectado el cumplimiento de las responsabilidades correspondientes, bajo apercibimiento de iniciar la ejecución forzada respecto del bien afectado» (p. 503).

Variación del embargo y sustitución del bien embargado.

La medida cautelar puede ser variada a solicitud de parte, fundamentando los presupuestos que ha sido modificada y sirvió de base para la concesión de la medida cautelar. Esta petición de variación de la medida será resuelta por el juzgador previo traslado de la parte contraria, así lo manifiesta el artículo 305° del Código Procesal Penal (2016) que establece:

En el propio cuaderno de embargo se tramitará la petición de variación de la medida de embargo, que puede incluir el alzamiento de la misma. A este efecto se alegará y en su caso se acreditarán hechos y circunstancias que pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión. La solicitud de variación y, en

su caso, de lanzamiento, se tramitará previo traslado a las partes. Rige, en lo pertinente, el artículo 617° del Código Procesal Civil. (p. 503)

En efecto, la solicitud de la variación de la medida puede pretender el titular de la medida o por la otra parte, debiendo correr traslado a la parte contraria; una vez hechos estos actos procesales el juzgador emitirá su decisión de manera motivada, concediendo la posibilidad de interponer el recurso de apelación de la variación de la medida, tal como lo establece el artículo 617° del Código Procesal Civil (2016) prescribe: «A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial. La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte. Para resolver estas solicitudes el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo.» (p. 633)

Como se puede observar, en ambas normas, tanto como el Código Procesal Penal y el Código Procesal Civil regula el procedimiento de la variación de la medida cautelar, las mismas que pueden ser aplicadas sin cuestionamiento alguno en un proceso penal. Esta variación se puede efectuar por diversos motivos, sin llegar a limitar su función, en el extremo de dejar sin efecto la medida en su totalidad; toda vez que la variación es un mecanismo que se puede llegar a utilizar para cambiar la medida por uno más efectiva, o por otro menos gravosa pero que cumple con la finalidad de asegurar el fallo final e incluso variar el monto de afectación de embargo, ya sea por diversas circunstancias, como bien lo explica Gálvez Villegas (2016)

La variación está referida, al supuesto en que al haber cambiado o variado los presupuestos que justificaron la adopción de la medida en la forma y monto que en su momento se consideró pertinente o en el propio tipo o naturaleza de la medida, estando a las nuevas circunstancias se hace necesario cambiar dicha medida; por ejemplo sustituir el embargo por la inhibición de disponer o gravar, por una medida anticipada, u otra que, siendo menos gravosa, pueda cumplir el fin asegurativo; o también, atendiendo a las nuevas circunstancias y presupuestos, se justifica una medida de mayor eficacia, como por ejemplo la variación a un embargo en forma de depósito (o secuestro) en lugar de un embargo en forma de inscripción, en los casos de bienes muebles; asimismo, se puede variar el monto por el que se dictó la medida, sea incrementándolo o disminuyéndolo según sea el caso. (p. 460)

En otras palabras, la variación se puede utilizar de acuerdo a las circunstancias y modificación de los presupuestos cautelares. Esta variación, no solo puede ser solicitado por la víctima o el fiscal, sino también por el obligado, que propone otro tipo de garantía menos perjudicial sin llegar a una afectación gravosa, como bien lo advierte Gálvez Villegas (2016): «(...) puede disponerse el cambio de los bienes embargados por otro de igual valor o que aseguren igualmente la finalidad para la cual se dispuso la medida, o también depositando en el Banco de la Nación a la orden del juzgado, el monto por el cual se trabó el embargo, (...)» (p. 460)

Desafectación y tercería.

Este instituto jurídico, se podrá aplicar cuando el bien afectado por la medida cautelar pertenece a una tercera persona, ajena a una relación procesal penal, quien tendrá este mecanismo para poder defender su interés patrimonial, pretendiendo desafectar

o liberar del embargo, es decir «la desafectación está referida a la liberación del bien embargado cuando se acredita fehacientemente que pertenece a personas distintas del imputado o del tercero civil.» (Gálvez Villegas, 2016, pp. 461-622), como bien explica Rioja Bermúdez (2000)

Las tercerías sean las de dominio como las de mejor derecho, se caracterizan por ser un instrumento de protección previstas en nuestro ordenamiento jurídico y que se encuentran a disposición de terceros afectados por un proceso de ejecución en el que no son parte, permitiéndoles hacer valer sus derechos e intereses y evitar de esta manera los efectos negativos de la ejecución. (p. 2)

En otras palabras, el tercero ajeno a una obligación reparatoria surgido de la relación procesal penal viene a ser el titular del bien embargado, este tercero puede efectuar una tercería, alegando ser el titular del bien afectado, como lo manifiesta Gálvez Villegas (2016)

La tercería se interpone contra el demandante y el demandado, (...), y solo puede fundarse en la alegación de propiedad de los bienes afectados por parte del tercero; asimismo, intervendrá el fiscal provincial en lo civil. Se deberá cumplir con todos los requisitos de admisibilidad y procedencia previstos por el CPC. La tercería se interpone en cualquier momento antes del remate del bien, y de declararse fundada, se suspende el procedimiento. (p. 461)

Suspensión de la medida cautelar.

La suspensión de la medida cautelar persigue en paralizar de manera provisional los efectos jurídicos, esto con el único fin de proteger los derechos que están relacionados con los efectos de

la medida cautelar, cabiendo la posibilidad de convertirse en un acto ilegítimo, en consecuencia, para evitar estos hechos perjudiciales se suspende los efectos de la medida por un tiempo razonable.

B. Secuestro.

El secuestro no persigue garantizar la reparación de la víctima, sino asegura los elementos probatorios de utilidad procesal con fines investigativos, más no con fines de indemnizatorios, debiendo denotar la función que persigue este instituto jurídico, es decir «el secuestro solo funcionaba como una medida de coerción real con fines asegurativos de los elementos probatorios para fines del proceso; esto es, era previsto únicamente como un acto de investigación a cargo del fiscal o del funcionario encargado de realizar la fase investigativa del proceso, más no como una medida cautelar para asegurar el cumplimiento de las consecuencias pecuniarias del delito.» (Gálvez Villegas, 2016, p. 469)

El secuestro no es otra cosa más que «un medio de la cual se desapodera a una persona de un objeto de su propiedad, con la finalidad de preservarla, poniéndola en depósito por orden judicial» (Bacre Aldo, 2005, p. 348). En efecto, el secuestro tiene como objeto conservar los bienes, imposibilitando que sean vendidos para asegurar que se cumpla con la decisión del juzgado mediante orden judicial.

Debemos mencionar que el secuestro en el proceso civil cumple una finalidad muy distinta al del proceso penal, pues como se puede advertir en el artículo 643° del Código Procesal Civil que prescribe que el bien será entregado a un custodio designado por el Juez teniendo como objeto de garantizar la obligación del pago. En la investigación preliminar, el fiscal podrá disponer del

bien efectuando un secuestro conservativo con fines investigativos y para asegurar obligación reparatoria en las investigaciones preliminares.

C. Medida Cautelar de Orden de Inhibición.

En el inciso 1° del artículo 310° del Código Procesal Penal (2016) dispone: «1. El Fiscal o el actor civil, en su caso, podrán solicitar, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 303°, que el Juez dicte orden de inhibición para disponer o gravar los bienes del imputado o del tercero civil, que se inscribirá en los Registros Públicos» (p. 504)

Del precepto normativo citado líneas arriba, la inhibición consiste en la decisión del juez que ordena que el imputado y el tercero civil no puedan disponer de manera libre los bienes patrimoniales, es decir la inhibición es:

(...), la prohibición del imputado o del tercero civil, para realizar actos de disposición sobre los bienes objeto de embargo, en ese sentido procede que el Juez dicte orden de inhibición para disponer o gravar los bienes del imputado o del tercero civil, que se inscribirá en los registros públicos. La inhibición permite obligar al investigado a no disponer o gravar sus bienes en tanto se realizan las investigaciones preliminares. Se trata de una medida muy útil para asegurar el posible resarcimiento por el delito cometido. (Neyra Flores, 2010, p. 492)

Esta medida cautelar se asemeja a la medida de no innovar establecida en el artículo 687° del Código Procesal Civil, pues los bienes patrimoniales de los obligados en el resarcimiento no podrá cambiar su situación jurídica, garantizando el pago indemnizatorio a favor de la víctima, es decir « (...), se trata de una medida cautelar consistente en la prohibición de vender o

gravar los bienes registrados que el deudor (imputado o tercero civil) es propietario al momento de anotarse la medida, sean estos muebles o inmuebles, siempre que sean registrables y estén registrados.» (Gálvez Villegas, 2016, p. 472)

Esta medida cautelar para que sea efectiva en evitar la disposición del bien patrimonial de los obligados deberán ser inscritas en los Registros Públicos, en otras palabras «La inhibición será dispuesta por el Juez, a solicitud del fiscal o del actor civil y se concretará oficiándose a los respectivos Registros Públicos para la inscripción respectiva; debiendo de cumplirse con los requisitos y presupuestos establecidos para el embargo.» (Gálvez Villegas, 2016, p. 474)

D. Medida Cautelar de Anotación Preventiva.

La anotación preventiva está referida en el artículo 673° del Código Procesal Civil que señala que está inscrita en los Registros Públicos la pretensión discutida en relación al patrimonio, pues una vez inscrita los terceros que adquieren los bienes patrimoniales no pueden alegar buena fe, en otras palabras con la medida cautelar «asegura la publicidad de los procesos y de las afectaciones de los bienes del obligado, evitándose así que el tercero adquirente pueda alegar una adquisición de buena fe, y por tanto, pretenda derechos incuestionables sobre los bienes.» (Gálvez Villegas, 2016, p. 475)

En otras palabras, la anotación preventiva consiste «en la prevención de que pueda acceder al Registro, inscribiendo en él preventivamente sus derechos, el demandante en juico ejecutivo que reclama la propiedad de bienes inmuebles» (Barreñada Muñoz, 2015, p. 1)

E. Medida Anticipada.

En el artículo 312° del Código Procesal Penal (2016) dispone: «El Juez, excepcionalmente, a pedido de parte legitimada, puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos, así como la ejecución anticipada y provisional de las consecuencias pecuniarias del delito» (p. 504); de la norma citada se puede apreciar que no viene a ser una medida cautelar, tal como lo establece el profesor Gálvez Villegas (2016):

(...) referida a la evitación de la permanencia del delito y la prolongación o incremento del daño ocasionado, esta no tiene carácter propiamente cautelar sino tuitivo, puesto que busca la protección de los bienes jurídicos evitando la permanencia del delito y la acentuación del daño, mas no está orientada a asegurar el cumplimiento de lo que se resuelva en una sentencia o resolución definitiva distinta, sino por el contrario, tiene un fin en sí misma. (p. 481)

Asimismo, el artículo 618° del Código Procesal Civil dispone lo siguiente: «Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.» (p. 634); en ese sentido, este instituto procesal asegura de manera provisional la ejecución de la sentencia, en otras palabras esta «(...) referida al aseguramiento provisional de la ejecución de la sentencia definitiva o la concreción de las consecuencias pecuniarias del delito, tiene carácter eminentemente cautelar, pues no solo asegurar la ejecución o cumplimiento de la sentencia definitiva

sino que anticipadamente la ejecuta.» (Gálvez Villegas, 2016, p. 481.482)

F. Medida Cautelar de Pensión Anticipada de Alimentos.

Los delitos traen desastrosas consecuencias a los bienes jurídicos protegidos, y más aún cuando estas conductas ilícitas expande sus efectos lesivos a terceras personas que dependen del titular del bien jurídico protegido para su subsistencia, por ejemplo el homicidio de un padre de familia que deja huérfano a tres hijos menores de edad, los mismos que dependían del padre para su propia subsistencia, quedando desamparados; siendo motivo que el juzgador se pronuncie sobre los alimentos de los menores de edad que correrá a responsabilidad del imputado.

Nos solo se ve en los casos de homicidio, sino también en los delitos de lesiones graves, pues el agraviado puede solicitar alimentos para él y sus hijos menores de edad, si lo hubiere; en los delitos de omisión a la asistencia familiar, violencia familiar, y nuestro tema, en violación de la libertad sexual, tal como lo expone Neyra Flores (2010)

Procede imponerla en los delitos de homicidio, lesiones graves, omisión a la asistencia familiar, violación de la libertad sexual o delitos que se relacionan con la violación familiar, a favor de los directamente ofendidos que, como consecuencia del hecho punible perpetrado en su agravio, se encuentran imposibilitados de obtener el sustento para sus necesidades. (p. 493)

En efecto, se podrá interponer la medida cautelar de pensión anticipada de alimentos en los delitos que trae como consecuencia el desamparo económico para la subsistencia de terceras personas o del mismo agraviado. En el caso que nos

amerita, el delito de violación sexual contra una menor de edad que resultara embarazada producto de la agresión sexual es evidente que los alimentos serán a favor de la víctima mientras se encuentra embarazada más un tiempo razonable después de procrear al menor, así como también los alimentos corresponde al menor de edad que será asumido por los imputados de la agresión sexual.

Cuando la medida cautelar prospera ordenando que el procesado cumpla con el pago de la pensión de alimentos en caso de los delitos de violación sexual; pero al transcurso del proceso se acredita la inocencia o el sobreseimiento; en esta situación, el juzgador deberá de devolver la suma percibida más los intereses legales previa liquidación con un perito respectivo, tal como lo establece el profesor Neyra Flores (2010)

Sin embargo, en el caso de acreditarse con pruebas, en el curso del proceso penal, que el imputado es inocente o mediando un auto de sobreseimiento, y así se plasma en la sentencia judicial, deberá procederse conforme lo prescrito en el artículo 767° del Código Procesal Civil, es decir, el sujeto beneficiado con la pensión alimenticia deberá devolver la suma percibida más el interés legal. (p. 494)

G. Medida Cautelar Genérica o Innominada.

Hemos explicado las medidas cautelares posibles para interponer en beneficio de la víctima de violación sexual, sin embargo, existen diversos casos que se puedan presentar y que no estén estipulados por la normatividad. Pero la norma procesal civil ha previsto llenar los hechos que se pueden suscitar y amparar mediante la medida cautelar a favor del accionante, tal como lo señala el artículo 629° del Código Procesal Civil (2016) prescribe: «Además de las medidas cautelares reguladas en

este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva» (p. 638)

En otras palabras, este artículo citado hace mención de la medida cautelar atípico, es decir que no se encuentra tipificado en la norma jurídica; esto con el objeto de amparar a los derechos del accionante frente a hechos no previstos por el legislador.

H. Medida de No Innovar.

La medida cautelar de no innovar, pretende que se mantenga y se conserve la situación jurídico legal, es decir esta medida impide todo acto que lo modifique la situación, tal como el artículo 687° del Código Procesal Civil (2016) señala: «Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley» (p. 654)

Este instituto procesal garantiza que ninguna situación jurídico legal varíe en perjuicio de la agraviada, en ese sentido esta medida cautelar va mantener esta situación, evitando la modificación de un hecho que beneficia de alguna forma a la agraviada. Por ejemplo, la propiedad de un bien inmueble se encuentra a nombre del obligado, en ese sentido a efectos de evitar una posible transferencia a terceras personas para evitar pagar la indemnización a la agraviada, se interpondrá esta medida a fin de que no sea variada esta situación.

I. Medida Cautelar Sobre Bienes de Terceros.

Cabe la posibilidad que el obligado con la finalidad de no pagar la indemnización a la parte agraviada haya transferido los bienes patrimoniales a terceras personas, ya sea, por un contrato simulado o real. La agraviada o el Ministerio Público podrá interponer esta medida cautelar, pese que los bienes patrimoniales se encuentran a nombre de terceras personas, tal como lo establece el profesor Gálvez Villegas (2016)

(...) por ejemplo, en que el agente del delito o el tercero civil hubiesen transferido sus bienes con la finalidad de burlar el pago de la reparación civil, y por tanto, dichos bienes ya aparecen registrados a nombre de terceros; en este caso, como estos bienes resultan vinculados a la reparación civil en virtud al artículo 97° del Código Penal, se puede trabar la medida cautelar sobre estos pese a que aparecen a nombre de terceros, (...). (p. 484)

Sin embargo, si se logra acreditar que se ha transferido de buena fe los bienes patrimoniales a un tercero, así como también se declara inocente o el sobreseimiento, solo en los delitos de violación sexual; el juzgador ordenará la desafectación inmediata si se demuestra que el bien pertenece a tercera persona.

J. Bloqueo o Inmovilización de Cuentas Bancarias.

Que, en los delitos de violación sexual, el imputado puede llegar tener cuentas bancarias que logren cubrir la indemnización a favor del agraviado, en ese sentido el juzgador a pedido de parte podrá inmovilizar las cuentas bancarias al amparo del artículo 235° numeral 2° del Código Procesal Penal (2016) establece: «Recibido el informe ordenado, el Juez previo pedido del Fiscal, podrá proceder a la incautación del documento, títulos – valores,

sumas depositadas y cualquier otro bien o al bloqueo e inmovilización de las cuentas, siempre que exista fundada razón para considerar que tiene relación con el hecho punible investigado y que resulte indispensable y pertinente para los fines del proceso, aunque no pertenezcan al imputado o no se encuentran registrados a su nombre.» (p. 487)

En efecto, con esta medida, el imputando no podrá disponer del dinero que se encuentra en una cuenta bancaria, de esa forma se garantiza el pago de la reparación civil pretendida por la víctima, tal como lo establece Gálvez Villegas (2016) «(...) con el bloqueo o inmovilización se logra que el agente no pueda retirar, transferir o realizar cualquier otra operación bancaria con el dinero de la cuenta.» (p. 485)

K. Medidas de Retención.

Los bienes patrimoniales pueden ser retenidos por el Juez penal de investigación preparatoria mientras que se emita el fallo final de la vía civil donde el tercero quien alega ser titular del bien patrimonial pretende en el fuero civil la titularidad del bien y que lo adquirió de buena fe, como lo manifiesta Gálvez Villegas (2016).

(...), cuando el proceso se encuentre en sede de ejecución, se presenten tercero ante el Juez de la investigación preparatoria, alegando la propiedad de dichos bienes; en estos supuestos, el Juez aludido, tal como lo estipula el artículo 496° del Código Procesal Penal, remitirá los actuados que contienen la resolución por la que se decide la incautación, el decomiso o el embargo, al Juez Especializado en lo Civil competente del lugar, para que previo el debido proceso, en el que deben actuarse las pruebas pertinentes, resuelva lo conveniente respecto al derecho invocado por el tercero. (p. 485-486)

En efecto, mientras tanto el Juez penal de investigación preparatoria continuará reteniendo el bien hasta que el Juez resuelva los derechos pretendidos por el tercero.

2.1.36. Víctima de Violación Sexual.

Cornaglia (2011) manifiesta «Aunque la conducta sexual humana es iminente de su condición biológica, en su determinismo influyen fundamentalmente factores sociales, culturales y económicos. Por lo que la sexualidad es un aprendizaje que se construye a través de normas que imponen las diferentes pautas y costumbres de cada tiempo y lugar habitado por el hombre» (p. 19). Sin embargo, el desarrollo sexual libre puede ser distorsionado hasta tener un aspecto delictivo contra la integridad sexual que diferentes disciplinas han tratado de explicar las causas de esta conducta delictiva por parte del agresor sexual, siendo el campo psicológico unas de las tantas disciplinas que ayuda en explicar los daños que genera a la víctima. El campo del Derecho Penal no es ajeno al problema, Lorena Medina (2011) concluye «la herramienta del Estado para que la sociedad tome conciencia del importante papel que cumple el derecho en su faceta más esencial y delicada: asegurar la vida, la dignidad y la libertad de la persona humana y, también, para prevenir conductas que vulneran derechos, en esencial en los delitos de índole sexual» (p. 75)

Peña Cabrera (2009) «El abuso sexual es un fenómeno antisocial con un escenario criminológico muy complejo, al confluir una serie de factores que anidan en la perpetración de estas ilicitudes penales y, que en definitiva, merecen una sanción punitiva» (p. 148). Pues, Cornaglia en el 2011 señala que «la agresión sexual es un atentado violento a la intimidad, la libertad, integridad y dignidad humana» (p. 151)

En cuanto a la víctima viene a ser aquella persona que sufre un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial por una acción u omisión de la conducta ilícita, tal como lo define el profesor Villegas Paiva (2013)

Se entenderá por “víctima” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder. (p. 58)

En efecto, en la relación jurídico penal, la víctima es la parte perjudicada, pues tiene pérdidas patrimoniales financieras y/o un menoscabo físico o mental, ante la conducta delictiva del delincuente, quien ha vulnerado los derechos fundamentales o violando normas penales causando graves daños a la víctima.

La víctima de violación sexual tiene un menoscabo extrapatrimonial, toda vez que tiene un daño físico, pues sufre golpes, cuyas acciones son para doblegar la conducta defensiva de la víctima; así como también sufre daño a la persona, daño psicológico, daño al proyecto de vida, y daño moral. Estos daños generan daños patrimoniales, pues la víctima quiere superar los daños sufridos, para ello, la víctima tendrá pérdidas pecuniarias para contratar especialistas, terapias, fármacos, entre otros gastos.

En otras palabras, la víctima de violación sexual sufre pérdidas patrimoniales y extrapatrimoniales, en consecuencia, se deberá valorar esta situación para considerar la reparación civil en su verdadera cuantía o al menos acercarse a ella.

Atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, ha establecido el VII Pleno Jurisdiccional de la Sala Penal Permanente y Transitoria (2011) dice «la libre autodeterminación en el ámbito sexual, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, es estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario» (p. 37)

La libre determinación sexual sólo lo adquieren las personas mayores de edad, que están facultados en disponer de manera libre su cuerpo en materia sexual, trayendo como consecuencia la elección de donde, con quien y cuando efectuar el acto sexual o de lo contrario negar en realizar sucesos de índole sexual, tal como lo explica muy bien el profesor Caro Coria (2000):

(...) entendida en sentido positivo – dinámico y en sentido negativo – pasivo; el primero se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo – pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir. (p. 70)

Entonces queda claro que toda persona, con excepción de los menores de edad, puede autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, es decir que cualquier persona no puede interrumpir en el libre desarrollo de la actividad sexual de un ser humano que tiene la libertad de decidir con quién, cómo y en qué momento tener un acto sexual, tal como lo establece el Tribunal Constitucional por medio de la sentencia recaída en el expediente Nro. 00008-2012-PI/TC (2012) que señala lo siguiente:

21. En general, la libertad sexual puede ser entendida como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad. Tiene como contenido constitucional, una dimensión negativa vinculada con la exigencia dirigida hacia al Estado o

cualquier persona de no interferir en el libre desarrollo de la actividad sexual de un ser humano, así como una dimensión positiva conformada por la libertad de decidir la realización del acto sexual, es decir, de decidir con quién, cómo y en qué momento se puede realizar el acto sexual. (p. 13)

Del fundamento citado, se desprende que toda persona que tenga la capacidad de desarrollar su sexualidad, esto no involucra a los menores de edad que no tiene la plena capacidad de decidir, pues estos irán desarrollando, progresivamente el aspecto psicofísico y poseer la libertad sexual en cuanto tengan la mayoría de edad. Alva Castillo (2002) «Refiriéndose a la indemnidad o a la intangibilidad sexual, siendo está un presupuesto garantizador de la libertad sexual futura del individuo» (p. 51)

La presente investigación está referida justamente de los menores de edad víctimas de violación sexual, que no tienen una libre disponibilidad sexual, siendo protegidos por el instituto jurídico de la indemnidad o la intangibilidad sexual que tiene por objetivo de proteger a los menores de edad que de por sí solas no pueden defenderlo al no tener la suficiente capacidad, en consecuencia la normatividad trata de salvaguardar el desarrollo físico y psíquico normal a fin que logran ejercer la libertad sexual sin mayores dificultades cuando son mayores de edad, tal como lo refiere el Castillo Alva (2002) al señalar « En lo que se refiere a la indemnidad o la intangibilidad sexual, esta se ubica como un presupuesto garantizador de la libertad sexual futura del individuo» (p. 51)

Para el profesor Salinas Siccha (2007) señala que el bien jurídico que protege la normatividad sobre la violación sexual en agravio de los menores de edad «(...) la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores (...)» (p. 720). En esa línea, se debe delimitar a quienes se les puede considerar menores con indemnidad sexual, en ese sentido

la doctrina ha establecido que todos los menores de catorce años de edad no tienen libre autodeterminación sexual.

Por otro lado, es necesario establecer los diversos supuestos que el sujeto activo de la agresión sexual podría emplear para ultrajar a su víctima, en consecuencia, se deberá de delimitar el concepto de la violación sexual, en esa línea la profesora Lorena Medina (2011) señala que «la violación sexual es la penetración sexual. Es decir, cuando el órgano genital masculino se introduce, aun de modo imperfecto, en el cuerpo de otra persona, por cualquier vía. En este último concepto debe entenderse el ano, la vagina o la cavidad oral» (p. 83). Este concepto, deviene muy limitado, toda vez para la autora establece que la agresión sexual sólo viene a ser la introducción del miembro viril masculino a cualquier vía de la víctima, infiriéndose que todos los hombres son sujetos activos del delito, así como también se limita al referirse que solo será introducción del órgano genital más no de cualquier parte del cuerpo u objetos análogos, que también son instrumentos que pueda sustituir al pene o al órgano genital; por lo que no comparto con dicha definición.

Muy bien lo establece nuestro ordenamiento jurídico previendo cualquier situación a efectos que no quedan impunes estas conductas. Con esa premisa cito al tipo penal artículo 173º del Código Penal (2016) establece lo siguiente:

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos 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 libertad:

5. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.

6. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años. En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza. (p. 157)

Del precepto normativo, se desprende que no se limita el hecho de la introducción del miembro viril a fin de que ésta penetre la vagina, el ano, la cavidad bucal; sino también cualquier parte del cuerpo u objetos análogos al órgano genital masculino, pudiendo ser utilizadas estas herramientas por las mujeres como también por los hombres que serán calificados como sujeto activo. De esa forma lo establece el profesor Salinas Siccha (2007):

(...) queda corto y, por tanto, no abarca todo su contenido. Aquel rótulo solo representa el contacto sexual de la vagina o ano del sujeto pasivo con el órgano sexual natural del sujeto activo. (...). En cambio, ahora, al haberse legislado en forma taxativa que también el conducto bucal sirva 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, (...). (p. 619)

Conforme lo señalado por el tipo penal, el acceso carnal se puede configurar usando como penetrante el miembro viril, partes del cuerpo como el dedo u objetos análogos que logra introducirse en la vagina, ano, cavidad bucal o cualquier otra cavidad de la víctima menor de edad. Ampliándose de ese modo los instrumentos de acceso carnal a otros objetos o parte del cuerpo que son idóneos para satisfacer la apetencia sexual del agresor.

El objeto utilizado para acceder sexualmente a la agraviada se debe tomar en cuenta que no viene a ser cualquier objeto, sino que esta lleve una connotación sexual, ya sea un palo, fierro, tubérculo, prótesis sexual; en fin, todos los objetos que sustituya el miembro viril masculino. En cuanto a las partes del cuerpo, el agresor sexual utilizará el dedo, la mano, la lengua, entre otros como elemento sustitutivo del órgano sexual masculino.

La agresión sexual por parte del sujeto activo persigue como objetivo la satisfacción de su apetencia sexual, mediante este conducto actúa accediendo a la víctima conforme al tipo penal, por lo que se deduce que el agente siempre realizará con dolo la conducta delictiva, es decir el sujeto activo efectuará el acceso carnal con conocimiento y voluntad para llegar a su finalidad de satisfacerse sexualmente.

En ese sentido, no cabe duda que los delitos de violación sexual contra menores de edad es considerada como una de las más complejas y que esta conducta ilícita puede acarrear terribles daños a la víctima, no sólo con el acceso carnal, sino el agresor sexual puede utilizar cualquier tipo de herramienta para someter a su víctima de una manera sádica ocasionando no sólo daños físicos, sino también daños psicológicos que pueden dejar secuelas perdurables que no dejan un normal desarrollo sexual, emocional y social después de la agresión sexual como se desprende en la R.N.N° 3425-2013 emitida por la Sala Penal Transitoria de Junín (2015), la misma que señala en el considerando tres lo siguiente:

En su condición de padre de la agraviada, el encausado abusó sexualmente de ella en tres oportunidades: la primera vez fue en febrero, la segunda en abril y la tercera en junio de dos mil siete. Aprovechando la ausencia de su conviviente, madre de la adolescente, condujo a esta última hasta su dormitorio donde la arrojó a su cama, la desvistió y luego le introdujo el pene en la vagina. El

veintidós de junio, la señora madre tuvo que salir de casa y cuando la víctima cocinaba fue llamada por el procesado a su dormitorio; allí se ordenó que se echara en la cama, le quitó sus prendas y se colocó encima de ella introduciéndole el pene por la vagina, aproximadamente por espacio de diez minutos; hasta que oyó que alguien ingresaba a la habitación, por lo que el procesado se levantó raudamente pero fue sorprendido por su conviviente cuando se levantaba el pantalón, mientras que la menor estaba en la cama cubierta con una colcha, llorando. Cuando la destapó encontró a su hija únicamente con ropa interior y con semen en el vientre; por lo que procedió a formular la denuncia ese mismo día, mientras que el encausado huyó de la casa. (p. 2)

Como se puede apreciar en estos terribles sucesos, indudablemente se está causando daños psicológicos a la víctima por lo que se requerirá tratamientos y terapias de manera intensa a efectos que la agraviada se desarrolle de manera normal dentro de la sociedad; así como también tratar de restablecer el proyecto de vida de la menor, siendo que este hecho delictivo causa daños a lo largo de la vida que puede dejar secuelas perturbables que no logra ser superadas, teniendo la tarea los operadores jurídicos en obtener una reparación civil integral y justa a efectos que la víctima se restablezca con intervención de profesionales, con el único objetivo que la agraviada lleve una vida digna.

A. Victimización Primaria.

Se denomina victimización primaria al resultado de la acción delictiva que, al recaer sobre una o más personas, las convierte en víctimas; es por tanto aquel efecto del delito que se produce cuando la acción delictiva afecta a alguna persona en concreto, a la cual causa una serie más o menos extensa de perjuicios, padecimientos, molestias y menoscabo o privación de derechos.

En efecto, la victimización primaria no es otra cosa más que el primer detrimento patrimonial o extrapatrimonial de la víctima por la acción u omisión de la conducta ilícita en la relación directa entre el imputado y la víctima.

B. Victimización Secundaria.

La victimización secundaria, viene a ser que la víctima no solo soporta el daño patrimonial y extrapatrimonial del hecho delictivo, sino también al momento de efectuar la denuncia se somete al proceso penal, cuyo mecanismo puede vulnerar algunos derechos fundamentales, teniendo que soportar la víctima estos procedimientos atentatorios de derechos, tal como bien lo explica el profesor Villegas Paiva (2013): «Las “denuncias” formuladas por la Victimología, eran fácilmente contrastables en la realidad, donde era observable que los derechos fundamentales de las víctimas se ven afectados con ocasión del proceso y no solo con la acción del imputado.» (p. 63)

La víctima de violación sexual, se puede convertir una víctima por segunda vez, es decir, no solo tiene que soportar la agresión sexual, sino el proceso penal que se deberá seguir, pese de ser un hecho delicado, los aplicadores de la norma penal pierde la sensibilidad humana priorizando el proceso por encima de la intimidad de la víctima, a tal punto que se citará como testigo del delito de la agresión sexual, que de manera obligatoria, la víctima tendrá que recordar el hecho delictivo sin importar su parte sensitiva que podrá ocasionar. Como dice Eser (1992)

Incluso dentro del procedimiento penal, que se ha empujado a la víctima cada vez más a la periferia del derecho procesal penal, en donde le queda solamente el rol de mero objeto del procedimiento. En varios procedimientos se ha aceptado, dentro

de esta constelación, tendencias casi absurdas: cuando, por ejemplo, víctimas de delitos sexuales han sido prácticamente "exprimidas" como testigos, pasando, a veces, de ser víctimas del delito a ser víctimas, incluso, también del procedimiento penal —por cierto, aún queda por ser escrita una "Historia de la víctima del hecho como víctima del procedimiento".» (p. 28)

El mecanismo del proceso penal puede ser repudiable para la víctima, toda vez que materializa nuevamente los recuerdos de los hechos suscitados, pudiendo generar depresión extrema a la víctima, de esa forma se convierte por segunda vez una víctima por los mecanismos procesales que tendrá que pasar, sometiéndose y ser parte de la investigación del delito ocurrido.

2.1.37. Derecho de las Personas en su Dimensión Vital.

Toda persona tiene derecho en su dimensión vital que consiste en la integridad moral, psíquica y física, esto es necesario para el desarrollo de la personalidad dentro de la sociedad, siendo de vital importancia estos elementos, pues el menoscabo de la integridad moral, psíquica y física conllevaría tener problemas para participar dentro de la sociedad, toda vez que no se ha desarrollado correctamente la personalidad, en otras palabras «Aparejando a la vida, como parte integrante de la dimensión vital de la persona, se encuentra el derecho a la integridad moral, psíquica y física, base esencial para el libre desarrollo de la personalidad, omnicomprensiva del ser humano en sus dimensiones individual, social, política y espiritual.» (Mesías Ramírez, 2004, p. 74)

2.1.38. El Derecho a La Vida.

Nadie puede quitar la vida de las personas de forma arbitraria, como bien lo dispone el profesor Mesías Ramírez (2004): «(...), la prohibición de cualquier acción u omisión voluntaria – ya sea del Estado y sus agentes o de cualquier otra persona – que tenga como

propósito despojar a otro ser humano de su vida en forma ilícita o arbitraria.» (p. 80)

El Artículo 6° numeral 1° del PIDCP que establece: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.» (p. 2); asimismo el artículo 4 numeral 1 del CADH: «toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.» (p. 2)

Por otro lado, nuestra constitución política del Estado (2016) también establece el derecho a la vida en su artículo 2° inciso 1° que dispone: «Toda persona tiene derecho: 1 A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)» (p. 889). Toda persona tiene derecho a la vida, debiendo interpretarse de manera amplia, en ese sentido la vida se encuentra subsumida no solo el hecho de encontrarse vivo hablando de manera biológica, sino también a la vida digna, sin sufrimiento físico o mental, protegiendo al ser humano sujetarse a una vida deplorable, como bien lo señala el profesor Mesías Ramírez (2004): «La vida no puede circunscribirse a la mera subsistencia, al simple hecho de vivir, sino a un modo de vida humana. Derecho a vivir en términos biológicos, sí, pero también en condiciones compatibles con la dignidad humana, que es el fundamento de todo orden jurídico.» (p. 81)

2.1.39. El Derecho a La Integridad Moral, Psíquica y Física.

El artículo 5° numeral 1° de la CADH predispone: «Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral» (p. 2), el precepto normativo tiene la intención de proteger la integridad física de toda persona, así como también el aspecto psíquico y moral, pues diversas situaciones que pueden afectar estos aspectos, ahí es donde entra a tallar el Estado que crea mecanismos para lograr

impedir que se vulnere estos derechos fundamentales que tiene toda persona.

En ese sentido, en el artículo 2° inciso 24° literal h de la Constitución Política del Estado establece: «Toda persona tiene derecho: 24. h) Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. (...); este precepto normativo se desprende la prohibición de someter a tortura, tratos inhumanos humillantes a las personas, este hecho puede suscitarse en los delitos de agresión sexual que «(...) vulnera la integridad física si la persona sufre daños que le producen incapacidad para trabajar, enfermedad, deformación, mutilación, perturbación funcional o alteración de las facultades mentales.» (Mesías Ramírez, 2004, p. 95)

En efecto, en los delitos de agresión sexual está relacionado con daños que quebranta la integridad moral, psíquica y física, tal como lo advierte el profesor Mesías Ramírez (2004) que señala: «Es más frecuente la vulneración de la integridad psíquica en el ámbito de la familia. La violencia intrafamiliar, por ejemplo, es una forma de lesionar la integridad psíquica cuando se manifiesta mediante abusos sexuales, maltratos, (...)» (p. 96)

Como ya se ha mencionado, la víctima de agresión sexual no sólo produce daños patrimoniales, sino también extrapatrimoniales, este último puede quebrantar la integridad moral, psíquica y física, sin embargo de estos tres aspectos, considero que la vulneración de la integridad moral viene a ser la más importante, pues el detrimento de este aspecto, de manera automática desciende lo emotivo e intelectual, perjudicando de manera significativa el desarrollo de la personalidad, como bien lo señala Mesías Ramírez (2004)

(...), la integridad moral guarda relación con el ámbito estrictamente espiritual de cada ser humano, poseedor de particulares convicciones religiosas, filosóficas, morales, políticas, ideológicas y culturales que hacen que este trascienda su realidad físico-somática, emotiva e intelectual y ocupe en la sociedad, con ideas propias sobre sí mismo y el mundo que lo rodea. (p. 97).

En otras palabras, al tener un menoscabo de la integridad moral, esto trae como consecuencias desastrosas a la persona en su libre desarrollo de la personalidad, pues esta situación desciende lo intelectual, emotiva y física.

2.1.40. Derecho a La Salud.

El derecho a la salud, no solo se limita al bienestar biológico, sino va más allá, pues se refiere al equilibrio físico mental, como bien lo explica Mesías Ramírez (2004): «El derecho a la salud tutela la integridad física y psíquica de la persona. Su realización no se circunscribe a la simple ausencia de enfermedades, sino que abarca la protección del equilibrio psicofísico frente a cualquier amenaza proveniente del ambiente externo.» (p. 302)

Este aspecto deberá ser evaluado por el juzgador al momento de determinar la cuantía de la reparación civil, pues la víctima de la agresión sexual no encuentra un buen equilibrio entre la integridad física y psíquica, teniendo un menoscabo del derecho a la salud. Para superar estos menoscabos, es necesario una intensa terapia que deberá pasar la víctima a efectos de superar el daño extrapatrimonial.

2.2. Definición de Términos Usados.

E Nuevo Código Procesal Penal. Ferrer (2004) señala este código constituye «una reforma al sistema procesal penal, modernizándola para una mejor administración de justicia en beneficio de los justiciables; adecuándose

inevitablemente sus estructuras a las disposiciones expresas y los principios inspiradores del derecho penal» (p.169)

Vía Civil. Es un tipo de proceso que tiene como materia de discusión los intereses particulares vinculados con el derecho civil.

Pretensión. Para Gutiérrez Pérez (2006) la Pretensión procesal es «el acto de declaración de voluntad exigiendo que un interés ajeno se subordine al propio, deducida ante juez, plasmada en la petición y dirigida a obtener una declaración de autoridad susceptible de ser cosa juzgada que se caracteriza por la solicitud presentada y esta no es sino la exigencia que toda persona tiene de subsumir el interés ajeno al interés propio» (p. 37)

Causa Petendi. Son los fundamentos de hecho que justifique la pretensión del accionante para obtener los derechos reclamados ante una autoridad competente.

Factor. Es lo que causa, la que contribuye o la que condiciona a fin de obtener, producir o lograr un resultado, siendo responsable de la variación de las situaciones.

Responsabilidad Civil. Para Chanamé Orbe (2001) Es la «capacidad de un ser humano de discernir sus acciones a través de su voluntad razonada, de manera que puede asumir la responsabilidad y compromiso de sus acciones» (p. 504).

Responsabilidad Penal. Chanamé Orbe (2001) la «capacidad de un ser humano de reconocer lo prohibido de su acción culpable, pudiendo a través de este entendimiento determinar los límites y efectos de esa voluntad» (p. 504).

Reparación integral. Es la indemnización en su forma total, valorándose todos los aspectos de los daños causados a efectos de ser reparado de manera íntegra.

Resarcimiento. Es una reparación, compensación o indemnización de un daño producido por una conducta ilícita.

Indemnización Irrisoria. Es el monto dinerario que no cubre el total a efectos de reparar el daño causado por la conducta ilícita.

Rehabilitación. Ante un daño causado al bien viene a ser necesario la habilitación mediante acciones técnicas a efectos de llevar al estado anterior que se encontraba antes de la conducta lesiva.

Víctima. para Chanamé Orbe (2001) viene a ser «el sujeto pasivo del delito» (p. 650), es la persona agraviada por la conducta delictiva del sujeto activo.

Violación de la Libertad Sexual. Chanamé Orbe (2001) señala que el «delito que consiste en forzar a otra persona a tener tarto carnal contra su voluntad, o con su voluntad cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, caso en que se agrava la figura» (p. 652)

Doble Victimización. La doctrina penal también lo denomina como la victimización secundaria es aquella cuando ha sido afectado por los daños causados por la conducta delictiva (victimización primaria) que será expuesta la experiencia ante el aparato judicial que no tiene herramientas eficaces para obtener un trato digno a la agraviada siendo víctima una vez más del propio sistema judicial.

Responsabilidad Contractual. Para Taboada Córdova (2003) establece «Ante una obligación contractual una de las partes incumple lo establecido en dicho acto jurídico causando un daño a consecuencia del incumplimiento de

una obligación voluntaria» (p. 29), como lo refiere el profesor Taboada Córdova Lizardo.

Responsabilidad Extracontractual. Taboada Córdova (2003) señala que el incumplimiento de esta responsabilidad causa «daño producto del incumplimiento de un deber jurídico genérico de no causar daño a los demás» (p. 31)

Antijuricidad. Conducta contraviene las normas del derecho que tiene como efecto el daño de un bien.

El Daño Causado. Es la consecuencia de una acción lesiva que genera un menoscabo a un bien.

Daño Patrimonial. León Velásquez (2012) indica que el daño patrimonial «Se caracteriza por producir un menoscabo pecuniario o económico al patrimonio de un tercero» (p. 126)

Daño Extrapatrimonial. Para León Velásquez (2012) dice que este tipo de daño se entiende como «la molestia producida a un tercero en su seguridad personal o en el goce de sus bienes, o como la lesión de sus afecciones legítimas» (p. 126)

Daño Emergente. El profesor Taboada Córdova (2003) señala que viene a ser la «pérdida patrimonial efectiva sufrida» (p. 35)

Daño Moral. León Velásquez (2012) dice que el daño moral «Es el sufrimiento físico, sensación dolorosa, psíquica, aflicción, angustia, ansias, preocupaciones» (p. 126)

Daño al Proyecto De Vida. Sabiéndose que el proyecto de vida es el planeamiento del futuro, un esquema conforme al orden de expectativas prioritarias de una determinada persona que quiere una felicidad plena; en

ese sentido el daño de este proyecto conlleva a la frustración del plan trazado u objetivos planeados a consecuencia de la conducta delictiva.

Lucro Cesante. El profesor Taboada Córdova (2003) lo entiende como «la ganancia dejada de percibir» (p. 31)

Relación de Causalidad. Es la existencia de la causa y efecto entre una acción y el daño producido por esta acción.

Fractura de Causalidad. Taboada Córdova (2003) «Se presenta cuando dos conductas o acontecimientos contribuyen a la producción del daño, o cuando existe un conflicto de causas o conductas, una de las cuales llega a producir efectivamente el daño, haciendo imposible que la otra hubiera llegado a producirlo» (p. 36)

Factores de Atribución. León Velásquez (2012)) « la búsqueda del sujeto que se hará responsable de la indemnización, es decir el factor de atribución pretende distinguir quién será el agente que responderá por los daños causados y a que título responderá por ellos». (p. 126). Es decir, la conducta ilícita por el sujeto activo del delito puede haber realizado con dolo o culpa.

El Debido Proceso. Es un principio que garantiza los derechos consignados en la ley que deberán ser efectuadas dentro del proceso, asegurando que se evite cualquier arbitrariedad por parte del juzgador en los procedimientos legales, las mismas que ponen límites los actuados conforme a ley.

Ejecución de La Sentencia. Es la materialización de la decisión judicial que señala la sentencia a efectos de cumplir con lo ordenado por el órgano jurisdiccional.

Ejecución Forzada. Cuando el obligado se niega a cumplir con lo establecido en la sentencia judicial, obligando al acreedor a solicitar al juez para que actúe coactivamente conforme a los mecanismos procesales necesarios a fin de

que se realice la ejecución adjudicándose bienes del obligado a favor de acreedor.

El Quantum Indemnizatorio. Es el monto dinerario que se requiere para llegar a reparar el objeto dañado por la conducta delictiva.

Bien Jurídico Protegido. Este instituto jurídico protege a la tutela de los bienes de interés social que son protegidos por el derecho.

Sanción Punitiva. Es el resultado de un proceso penal cuando se encuentra responsabilidad penal a un sujeto, implicando un castigo o condena punitiva.

Actor Civil. Es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es decir, es quien ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular, frente al responsable civil. (Acuerdo Plenario Nro. 5-2011/CJ – 116. 2011, p. 4)

Sentencia. Es una resolución judicial, materializando la decisión que toma un juez de una instancia resolviendo una controversia con relevancia jurídica.

Medida Cautelar. Son resoluciones judiciales que tiene como finalidad de asegurar, conservar o anticipar un derecho o situación judicial.

Tutela Judicial Efectiva. Es un derecho protegido a nivel constitucional que consiste en un derecho que toda persona tiene para ejercer libremente su defensa de sus derechos e intereses que lo considera legítimos que lo hará valer ante una instancia jurisdiccional.

Embargo. Consiste una garantía que recae en un bien o derechos de contenido patrimonial o valor económico que será afectado o reservados a efectos de declarar por finiquitado una obligación pecuniaria.

2.3. Hipótesis.

2.3.1. Hipótesis Principal.

Los factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctima de violación sexual son:

- A. Los jueces penales al emitir una sentencia condenatoria utilizan criterios de una concepción jurídica pública para establecer la reparación civil de naturaleza jurídica privada que salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctima de violación sexual.
- B. Los jueces penales no utilizan los presupuestos fijados por el Código Civil para determinar la reparación civil prevista en el nuevo Código Procesal Penal en favor de las menores de edad víctimas de violación sexual.

2.3.2. Hipótesis Secundarias.

Los factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no determine la cuantía eficazmente a favor de las menores de edad víctima de violación sexual son:

- A. Los jueces penales no logran comprender el alcance de los daños y los gastos económicos que genera para una adecuada rehabilitación de los menores de edad víctimas de violación sexual.
- B. Los jueces penales evalúan la cuantía de la reparación civil en base a los bienes y los ingresos económicos que percibe el sentenciado del delito de violación sexual.

- C. La omisión de motivar en los requerimientos fiscales y en las sentencias judiciales a efectos de determinar la cuantía de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual.

Los factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no se ejecute eficazmente a favor de la víctima de violación sexual, son los siguientes:

- A. La falta de bienes e ingresos económicos del sentenciado que no permite la ejecución de la sentencia que ordena el pago de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual.
- B. El desinterés por parte del sentenciado y del Estado a efectos de cubrir la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual.

En la praxis son muy escasos los operadores jurídicos tanto como abogados, fiscales y jueces penales utilizan criterios fijados por el Código Civil para determinar la responsabilidad civil del imputado causante de daños ocasionados a la víctima que tienen secuelas a nivel social, físico y psicológico que conlleva a un atraso al proyecto de vida, y para superar el daño se requiere de un intenso tratamiento médico y psicológico que puedan acarrear hasta años generando gastos económicos que fácilmente no hubieran ocurrido si los hechos de la agresión sexual no se hubieran perpetrado. En ese sentido, no sería nada justo fijar un monto irrisorio como reparación civil a favor de la víctima, pues este último no tendría los medios suficientes para lograr el tratamiento requerido a fin de que se desarrolle de manera normal dentro de la sociedad.

En ese sentido, se debería determinar los factores principales que han conllevado para que la reparación civil dentro del proceso penal sea irrisoria a favor de la víctima de agresión sexual. Al parecer, estar dentro del proceso penal conlleva un gran peligro para no llegar a aplicar los requisitos exigidos por el Código Civil, olvidándose los jueces que la reparación civil es una acción privada más no pública, pues considero que uno de los factores viene a ser justamente lo vertido líneas arriba; que los jueces penales utilizan el proceso penal a fin de imputar al responsable del ilícito penal a efectos de satisfacer el interés público y para que eso suceda, se deberá sancionar con la pena privativa de libertad, sin importar que la reclusión significa que el autor del delito dejará de percibir ingresos económicos para lograr cubrir con la reparación civil impuesta, poniendo trabas al propio sistema penal. Motivo por el cual, el juez impone como reparación civil montos irrisorios a efectos de que el sentenciado pueda alcanzar a cumplir con la reparación a favor de la víctima.

Así mismo, para llegar a determinar la responsabilidad civil a efectos de una reparación de forma integral a favor de la víctima se deberá de analizar los presupuestos consignados por el Código Civil, pues para llegar a lo más objetivo posible se debe fijar el monto de la reparación civil siendo necesario examinar los requisitos señalados por la doctrina civil que vienen a ser la antijuricidad, relación de causalidad, los factores de atribución y el daño causado, este último viene a ser el punto de partida para determinar la cuantía de la reparación evaluando el menoscabo producto de la conducta ilícita perpetrada a la víctima, analizando el alcance del daño a la persona, daño moral, daño al libre desenvolvimiento social, daño al proyecto de vida, daño a nivel psicológico, las mismas que acarrearán los daños emergentes y el lucro cesante. Como se advierte, este análisis viene a ser muy complejo que no son efectuadas por los operadores jurídicos, sobre todo por los jueces penales que no logran motivar

conforme a la normativa civil, y esta a su vez no llegue a la objetividad de la reparación civil.

La inaplicabilidad de la norma civil ha conllevado que tanto como los abogados, los requerimientos fiscales y las sentencias judiciales no logran motivar a efectos de llegar a un monto económico para ser considerado como una reparación civil integral y justa, pues esta omisión de motivar genera que los jueces penales observen otros presupuestos ajenos a la normatividad como los bienes e ingresos que percibe el sentenciado y lo más común es que no tenga esta posibilidad económica al estar cumpliendo pena privativa de libertad, alejándose de los criterios impuestos por la normatividad civil, causando resoluciones con motivación aparente y hasta arbitrarias.

Ante esta situación, se podría plantear una tentativa de solución que propone esta investigación, como se ha podido advertir estos factores ha conllevado que se fije un monto exiguo de la reparación civil a favor de la víctima, esto se podrá controlar mediante una audiencia complementaria que tendría como propósito de establecerlos presupuestos consignados en el Código Civil a fin de ser aplicado en casos concretos para determinar la responsabilidad civil y obtener un monto de la reparación más integral y justa.

Me atrevería a decir que los operadores jurídicos sólo observan los daños evidentes a la vista, más no se centran en advertir que este tipo de delitos acarrear el daño a lo largo del tiempo, en ese sentido se debe pensar el verdadero objetivo de la reparación civil, pues la víctima, en estos casos, deberá ser atendido por diferentes especialistas multidisciplinarios para obtener un adecuado tratamiento a efectos de llegar al estado anterior de haberse producido los daños o al menos tratar, toda vez que estas secuelas producidas a la víctima son a veces irreversibles. En ese sentido, viene a ser importante que se implemente la audiencia

complementaria para poner en tela de juicio los presupuestos a fin de fijar la responsabilidad civil y el monto reparatorio, actuándose los medios probatorios de ambas partes y de la posibilidad de interponer tachas u observaciones a las mismas. Por otro lado, en la etapa de ejecución de la sentencia, comúnmente el sentenciado no cumple con el pago de la reparación civil y esto se agrava aún más cuando no posee bienes ni percibe ingresos económicos, siendo inaplicable las ejecuciones forzosas que prevé el Código Procesal Penal. Esta situación tiene como única perjudicada a la víctima, que a lo largo del proceso no ha logrado obtener el tratamiento integral que requiere a efectos que se desarrolle de manera normal ante la sociedad y ante tal vulnerabilidad de la víctima, el Estado como un ente protector de los derechos debería intervenir a fin de cubrir la reparación civil fijado en sentencia sin perjuicio de lograr el cobro en cualquier momento al autor del ilícito penal; siendo esta la única solución para que la víctima de la agresión sexual no quede desamparada y logre el tratamiento que sea necesario.

2.4. Variables.

Tabla 1

Primera Variable.

	Definición	Dimensiones
Reparación civil	Para el profesor Gálvez Villegas define «como una obligación de contenido privado, el ejercicio de la pretensión queda sujeto a la libre voluntad y discrecionalidad del titular del bien afectado, quien decidirá en definitiva si solicita o no la reparación. De ejercitarse la pretensión resarcitoria, quedará sujeto el accionante a la obligación de acreditar su legitimidad para obrar, el contenido de la pretensión, así como a buscar la ejecución de la obligación resarcitoria una vez amparada por el juez.» (p. 136)	Civil Penal
	Según el profesor Taboada Córdova (2003), establece que: «está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia de una conducta antijurídica, la objetividad del daño causado, la relación de causalidad y los factores de contribución. (p. 32).	Social

Fuente: Gálvez Villegas, Tomás Aladino, 2016.

Taboada Córdova, 2003.

Tabla 2

Segunda Variable.

Variable	Definición	Dimensiones
Tutela judicial efectiva	Para la juez Felices (2011) establece que: «la tutela jurisdiccional efectiva durante el proceso se refiere que toda persona tiene derecho a acceder a un proceso a un juicio previo, con garantías mínimas que aseguren un juzgamiento imparcial y justo. (p. 83).	Constitucional Penal Civil
	Por su parte el profesor Peña Cabrera Freyre (2007) define a la Tutela judicial efectiva como: «un derecho subjetivo que tiene todo ciudadano de acudir a la administración de justicia a efectos de demandar que se le reconozca, extinga o modifique un derecho reconocido normativamente por el ordenamiento jurídico en sujeción a las normas que garantizan un Debido Proceso.» (p. 67).	Social

Fuente: Felices Mendoza, 2011.

Peña Cabrera Freyre, 2007.

Tabla 3

Tercera Variable

Variable	Definición	Dimensiones
Menor de edad víctima de violación sexual	Aquel menor que sufre en si misma las consecuencias nocivas de la agresión sexual. Para la abogada Lorena Medina, (2011) señala que: la violación sexual «es la penetración sexual. Es decir, cuando el órgano genital masculino se introduce, aun de modo imperfecto, en el cuerpo de otra persona, por cualquier vía. En este último concepto debe entenderse el ano, la vagina o la cavidad oral.» (p. 83).	Penal
		Social

Fuente: Lorena Medina, 2001.

Capítulo III

Metodología de investigación

3.1. Diseño de Investigación.

La presente investigación es no experimental de corte transeccional, toda vez que se estudiará los factores que incidieron, que la reparación civil no opera de manera eficaz quebrantando la tutela judicial efectiva hecho que han ocurrido sin la intervención del investigador, analizando un momento único del hecho, desde la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal en la Corte Superior de Junín hasta el año judicial 2017, observando los procesos donde la víctima esta apersonado como autor civil.

3.2. Población y Muestra.

3.2.1. Población de Estudio.

Expedientes judiciales en calidad de consentida o ejecutoriada desde la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal en la Corte Superior de Justicia de Junín hasta el año judicial 2017, que trata sobre delitos de violación de la libertad sexual en agravio de mujeres menores entre ocho y trece años de edad, que por medio de sus representantes se constituyeron como actor civil pretendiendo la reparación civil en la Corte Superior de Justicia de Junín.

3.2.2. Muestra de Estudio.

La muestra que efectuó en la presente investigación viene ser no probabilístico intencional, toda vez que los criterios para seleccionar la muestra no son estadísticos sino racionales, en consecuencia el investigador introducirá los expedientes judiciales sobre delitos de violación de la libertad sexual en calidad de consentida o ejecutoriada, donde la víctima menor entre los ocho y trece años de edad por medio de su representante se constituyeron como actor civil pretendiendo la reparación civil, la misma que se evaluará a efectos de determinar los

factores que han incidido para que dicha reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal que no salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual, tanto en el problema para determinar la cuantía como la ejecución eficaz de la reparación civil a favor de la agraviada, esto con la finalidad de observar con mucha claridad los factores que salen a la vista para luego analizarlas.

3.3. Técnicas e Instrumentos.

3.3.1. Análisis Documental.

Los expedientes judiciales sobre delitos de violación de la libertad sexual en calidad de consentida o ejecutoriada, donde la víctima menor entre los ocho y trece años de edad por medio de su representante se constituyeron como actor civil pretendiendo la reparación civil, cuyo expediente se evaluará, siendo la técnica el análisis del documento para determinar los factores que han incidido para que la reparación civil no salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctimas de violación de la libertad sexual, así como también la determinación de la cuantía como su ejecución de dicha reparación.

3.3.2. Ficha de recolección de datos.

En cuanto a la recolección de datos, utilizamos una ficha elaborada por el investigador y validada por expertos que nos permitirá reunir información necesaria para la presente investigación, pues nos permitió en analizar los expedientes judiciales del Distrito Judicial de Junín de los años 2015 – 2017.

Entre ellos mencionaremos los siguientes:

- Expediente Nro. 03025-2015-96-1501-JR-PE-02
- Expediente Nro. 03325-2015-43-1501-JR-PE-01
- Expediente Nro. 03321-2015-53-1501-JR-PE-02

- Expediente Nro. 00998-2016-50-1501-JR-PE-01
- Expediente Nro. 002451-2016-7-1501-JR-PE-01
- Expediente Nro. 02659-2016-45-1501-JR-PE-01
- Expediente Nro. 03259-2016-24-1501-JR-PE-02
- Expediente Nro. 00554-2016-24-1501-JR-PE-02
- Expediente Nro. 01304-2016-61-1501-JR-PE-01
- Expediente Nro. 01496-2016-03-1501-JR-PE-02
- Expediente Nro. 01730-2016-64-1501-JR-PE-04
- Expediente Nro. 01853-2016-39-1501-JR-PE-01
- Expediente Nro. 01801-2016-48-1501-JR-PE-02
- Expediente Nro. 01964-2016-57-1501-JR-PE-02
- Expediente Nro. 00561-2016-43-1501-JR-PE-02
- Expediente Nro. 03548-2017-89-1501-JR-PE-02
- Expediente Nro. 02948-2017-75-1501-JR-PE-02
- Expediente Nro. 00015-2017-76-1501-JR-PE-01
- Expediente Nro. 00175-2017-61-1501-JR-PE-01
- Expediente Nro. 02200-2017-22-1501-JR-PE-04

Al respecto, hemos efectuado sobre ellos un análisis documental a profundidad personal no estructurada, basándonos en los procesos culminados y consentidos y ejecutoriados que emitieron los juzgados de investigación preparatoria como la sala de apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Junín, teniendo los siguientes resultados que paso a detallar a continuación:

Capítulo IV

Resultados y Análisis de los Resultados

4.1. Resultados.

4.1.1. Los jueces penales al emitir una sentencia condenatoria utilizan criterios de una concepción jurídica pública para establecer la reparación civil de naturaleza jurídica privada que salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctima de violación sexual.

En la presente investigación se ha procedido en evaluar veinte expedientes de los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín, en ese sentido se va probar que los jueces penales no utilizan criterios basados en una concepción jurídica privada para establecer la reparación civil, toda vez que en las resoluciones finales se puede observar las motivaciones para establecer la reparación civil se encuentran contaminadas con criterios ajenos, punitivos, de naturaleza pública sin considerar que se trata de pretensiones que resarcen un bien jurídico pertenecido a un particular.

Un ejemplo claro viene a ser el expediente número 03025-2015-96-1501-JR-PE-02, donde el juzgador sólo se limita en motivar los hechos que justifican la sanción punitiva, exponiendo la reparación civil en el cuarto considerando de la sentencia de terminación anticipada revestido en la resolución seis de fecha siete de setiembre del dos mil dieciséis, señala lo siguiente:

(...), pero en la presente audiencia se reconsidero en la suma de S/. 8,000.00 (ocho mil con 00/100 soles) como pago de la reparación civil. S/. 5,000.00 (cinco mil con 00/100 soles) que deberá ser cancelado en cuotas a partir del presente mes hasta los diez meses posteriores

y los S/. 3,000.00 (tres mil con 00/100 soles) a partir del tercer año que el imputado se encuentre como interno del Establecimiento Penitenciario de Huamancaca Chico, en cuotas de S/. 300.00 (trescientos con 00/100 soles), también en diez meses a partir del año 2018. (p.06)

De lo citado, se entiende que el imputado se encontraba siguiendo el proceso penal en libertad hasta el siete de setiembre del año dos mil dieciséis, en cuya fecha se emitió la sentencia de terminación anticipada condenando a los imputados cinco años de pena privativa de libertad. Conforme al criterio del magistrado se fijó la suma de S/. 8,000.00 (ocho mil con 00/100 soles), donde S/. 5,000.00 (cinco mil con 00/100 soles) pagaría en diez meses y dentro del tercer año de condena el imputado recién pagaría la diferencia que viene a ser S/. 3,000.00 (tres mil con 00/100 soles); siendo evidente que el juzgador se ha basado en los ingresos mínimos que tendría el imputado dentro de la penitenciaría, dando las facilidades de pago incluyendo cuotas irrisorias.

Por otro lado, los juzgadores no lograron analizar a la reparación civil conforme a su naturaleza privada, pues solo se basaron en argumentos meramente punitivos, deduciendo que la agraviada cuenta con una mínima afectación psicológica, toda vez que se tiene la ausencia de una amenaza o violencia de la menor agraviada para tener el acceso carnal. A la par, ambos, tanto víctima como imputado presentan sugilaciones en el cuerpo, es decir esto estaría acreditando una excitación o placer que habían presentado ambos, calzando perfectamente con lo establecido en la Casación Penal Nro. 335-2015-SANTA.

De los fundamentos expresados por el juzgador, todo parece indicar que en el presente caso la víctima no cuenta con un daño psicológico o esta es mínima, en consecuencia, resulta lógico que no se debería

contar con una reparación civil o en su defecto, esto sería mínima. En ese sentido, resulta necesario que la reparación civil sea evaluada fuera de los fundamentos punitivos, pues no toda sentencia condenatoria trae como consecuencia una reparación civil, puede existir excepciones como pudo haber ocurrido en el expediente número 3025-2015-96-1501-JR-PE-02.

Por tal razón, es necesario analizar la reparación civil en su connotación privada, partiendo del daño causado a la víctima, pudiendo ser esta el principal estudio en un proceso penal, donde se investigará el alcance del daño para poder determinar un monto aproximado para que sea indemnizado y de esa forma no dañe la tutela judicial efectiva a favor de la víctima.

Pese que el proceso fue culminado mediante terminación anticipada, cabe poner en tela de juicio si la reparación civil debe ser acordada por el representante del ministerio público como el imputado para que se apruebe la terminación anticipada, teniendo en cuenta que se trata de dos acciones distintos, tanto de naturaleza civil como penal. A nuestro criterio, la terminación anticipada deberá surtir efecto solo para la sanción punitiva, debiendo de ser evaluado la reparación civil conforme a los alcances del daño causado a la víctima.

Se puede observar en la práctica judicial, que para aprobar la terminación anticipada se tiene que acordar entre el representante del ministerio público como el imputado a efectos de determinar la sanción penal y la reparación civil, en este último no participa el actor civil, pese que es el accionante de la reparación civil, vulnerando el derecho de defensa, como la tutela judicial efectiva de la agraviada al no participar en el acuerdo de la terminación anticipada, poniendo en peligro que la reparación sea irrisoria que no cubre los daños alcanzados en su forma plena.

El acuerdo de la terminación anticipada arrastra tanto la sanción penal como la reparación civil, a pesar que esta última pretensión el actor civil no esté de acuerdo con el monto acordado entre el representante del ministerio público y el procesado; siendo evidente que la reparación civil se determina bajo un criterio meramente punitivo, y no solamente eso, sino que también están sujetas para ser resueltas ambas en la misma dirección, y así como también están condicionadas la forma de pago siguiendo el estado de condena del procesado y su bajo ingreso económico que genera la sanción punitiva, factor por la cual la reparación civil es irrisoria, pues los juzgadores aún se sujeta en su condición jurídica pública, más no en su naturaleza privada que tiene la reparación civil.

En esa línea de ideas, se puede decir que tanto como acción penal y la acción civil dentro del proceso penal tienen una relación directa en la actualidad toda vez que evalúan el grado de reprochabilidad penal y en base a ello se fija la reparación civil. En otras palabras, lo que sucede en la acción penal automáticamente sucederá en la acción civil, es decir, si existe una sanción punitiva, también existirá una reparación civil, siendo esta idea equivocada. Veamos un ejemplo práctico, en el caso que existiera una tentativa acabada de violación sexual de una menor de edad, en estos casos se evaluaría de forma exhaustiva el alcance de los daños causados hacia la víctima, pero conforme se ha suscitado los hechos narrados este daño es mínima o simplemente no existe daño, si este último caso se produjese, por lógica no habría reparación civil.

Este ejemplo se puede apreciar en el expediente número 00015-2017-76-1501-JR-PE-01, obrando en autos la sentencia de terminación anticipada mediante resolución tres, donde se estima que el delito de violación sexual contra una menor de edad no se ha llegado a consumir, cabiendo la figura de tentativa acabada, en ese sentido, el juzgador ha presumido que no existe un daño mayor hacia

la víctima, teniendo un carácter subjetivo en la decisión adoptada en la sentencia, se fijó la suma de S/. 500.00 (quinientos con 00/100 soles), basándose en los hechos y la sanción punitiva; esto hace en querer afirmar que, para determinar de forma objetiva el monto reparatorio se deberá de aplicar el código civil que nos indica cómo hacerlo, pero lastimosamente no se pone en práctica en los procesos penales.

No cabe duda de que viene a ser necesario llegar a fijar una reparación de manera objetiva, sin llegar a subjetividades basándose en hechos delictivos que contaminan la acción privada, sin llegar a utilizar criterios con concepción pública que conlleva aplicar una reparación a rajatabla, pues esta situación podría llevar a un perjuicio a la agraviada e incluso al sentenciado al no determinar el quantum indemnizatorio de forma correcta y justa. Así lo demuestra, los expedientes analizados, por ejemplo, la sentencia emitida por el segundo juzgado de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín, revestida en la resolución once del expediente número 2948-2017-75-1501-JR-PE-02, viene a ser cuestionable en el extremo de la reparación civil fijada por el juzgador teniendo en cuenta el considerando 12.6 que a la letra dice:

12.6.- Que, encontrándose probado en autos que el acusado Yinfer (...) no ejerció violencia o amenaza para tener acceso carnal con la menor de iniciales L.C.C.C. en el mes de abril del dos mil quince, no es razonable concluir que la relación sexual generó daño o perjuicio psicológico irreparable al sujeto pasivo, más aún, si el Protocolo de Pericia Psicológico de la referida menor no determina afectación psicológica producto de la mencionada relación sexual, sino por el contrario se precisó que la peritada emocionalmente es inmadura con dificultades para interpretar adecuadamente la realidad y las consecuencias de la experiencia sexual vivida; sin perjuicio de indicarse que en el presente caso producto de la referida relación

sexual entre ambas personas procrearon un hijo varón, cuya paternidad ha sido reconocido ante el Registro Civil por el mencionado acusado, existiendo la versión de la menor agraviada que es su deseo convivir con el mencionado imputado y su menor hijo, incluso convivieron con autorización de los padres de ambos por quince días, aproximadamente, conforme a la declaración de la propia madre de la menor agraviada.(p. 17)

En la sentencia expuesta, es evidente que el sentenciado de veintiuno años de edad y la agraviada de catorce años de edad, ambos mantenían una relación conyugal autorizados por los padres, sin embargo eso no viene a ser una causal de ser exento de la responsabilidad penal por el bien jurídico protegido que es la indemnidad sexual de los menores de edad, condenando al acusado la pena de cuatro años de pena privativa de libertad en ejecución suspensiva; pero el cuestionamiento radica en la reparación civil, el juzgador ha señalado que la agraviada no representa daño psicológico, existiendo incongruencia con la parte resolutive al fijar la suma de S/. 3,000.00 (tres mil con 00/100 soles) por reparación civil, pese de no existir daño alguno por parte de la víctima.

En el considerando 13.2 de la sentencia mencionada, el juzgador justifica la decisión de reparar a la víctima, pese de no existir daño civil, motivando de la siguiente forma:

(...) el Protocolo de Pericia Psicológica de la menor agraviada identificada con las iniciales L.C.C.C. concluye que emocionalmente es inmadura con dificultades para interpretar adecuadamente la realidad y las consecuencias de la experiencia sexual vivida, lo cual si bien no acredita una afectación psicológica de dicha menor como consecuencia de los hechos delictivos imputados; también lo es, que resulta lógico precisar que se le causo perjuicio moral a la menor agraviada; en tal sentido los hechos ilícitos cometidos por el acusado

en perjuicio de la menor agraviada debe ser considerados como daño calificado como de naturaleza extrapatrimonial a través de la afectación del bien jurídico vulnerado: indemnidad sexual, el mismo que si bien es invaluable, debe ser resarcido económicamente (...). (p. 20)

El juzgador comete una grave equivocación en los términos jurídicos, queda claro que el bien jurídico protegido viene a ser la indemnidad sexual, protegiendo el libre desarrollo sexual del menor en relación de los adultos; sin embargo, cabe preguntarse si el bien jurídico protegido, penalmente hablando, también puede ser protegido por la norma civil. Analicemos, se toma en consideración que toda acción penal son pretensiones de carácter público, en consecuencia, los bienes jurídicos que protege son también de naturaleza pública; pero los daños ocasionados a la víctima son de carácter privado, consecuentemente no puede ser protegido por el bien jurídico penal, sino por el bien jurídico civil que persigue la reparación de los daños particulares producido por conductas delictivas.

En ese sentido, viene a ser erróneo la motivación del juzgador, al tratar de justificar que, al no existir daño psicológico por parte de la víctima, aún viene a ser resarcible, toda vez que se ha vulnerado el bien jurídico protegido, la indemnidad sexual, motivo por la cual debe ser resarcido. Como se ha explicado líneas arriba, el bien jurídico penal es, en este caso, la indemnidad sexual, tiene un carácter público; es muy distinto al bien jurídico que protege la norma civil, que tiene un carácter privado que generalmente viene a ser de intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de un particular que será accionado por el actor civil; mientras el bien jurídico protegido, la indemnidad sexual, es un interés público accionado por el representante del ministerio público.

Como es de observarse, el juzgador impone una reparación civil bajo el argumento que la bien jurídica indemnidad sexual viene a ser un bien extrapatrimonial, siendo este un error, pues la indemnidad sexual viene a ser un bien jurídico de carácter público, más no privado, utilizándose una vez más concepciones jurídica publica para determinar la reparación civil, nada más ajeno a nuestra norma civil.

En esa línea de ideas, se prueba una vez más que viene a ser de vital importancia, tratar de motivar conforme a los presupuestos que fija el código civil para tratar de llegar a una justicia imparcial y objetiva; sin embargo aún arrastramos la costumbre de la práctica jurídica inquisitiva al efectuar de forma deficiente la motivación cuando se trata de la reparación civil, basándose en concepciones jurídicas de carácter publica, siendo esta errada y debe ser expulsada de nuestra práctica jurídica, diferenciando que son dos acciones distintos y autónomos entre la pretensión penal y la pretensión civil.

Del mismo modo, se puede observar en el expediente número 01801-2016-48-1501-JR-PE-02, donde en autos se aprecia la emisión de la sentencia de terminación anticipada consignada en la resolución tres, motivándose la reparación civil en el considerando 4.2.3. donde considera a la reparación civil como una pena accesoria, siendo esto un error, puesto que tanto la acción penal y la acción civil son autónomas, por tal razón, el juzgador al considerar como pena accesoria a la responsabilidad civil, en definitiva tiene un criterio con una concepción publica para resarcir a la víctima; asimismo en el tercer párrafo del punto 4.2.3, establece lo siguiente: «Si bien es cierto que la indemnidad sexual constituye un bien jurídico invaluable económicamente, (...)». (p. 24). Al ser una motivación deficiente cuando se trata de pronunciarse la reparación civil, también justifica una vez más que la indemnidad sexual viene a ser un bien jurídico protegido; pero como se ha explicado líneas arriba, se trata de un bien

público más no privado, utilizando concepciones jurídicas públicas para establecer la reparación civil.

Por su parte, en el expediente número 3025-2015-96-1501-JR-PE-02, infirió que la víctima tuvo un mínimo daño psicológico, determinando que la reparación civil sea la suma de S/. 8,000.00 (ocho mil con 00/100 soles), cuyo monto fue fijado a rajatabla, sin seguir los lineamientos que condiciona el código civil para determinar la reparación civil, probando una vez más que los criterios de los juzgadores penales son meramente punitivos arrastrando la misma suerte cuando se trata de establecer la reparación civil, teniendo un cierto grado de influencia del reproche punitivo y la sanción penal con la reparación civil.

Otro ejemplo claro viene a ser el expediente número 0998-2016-050-1501-JR-PE-01, donde el primer juzgado de investigación preparatoria de la corte superior de Junín emitió la sentencia de terminación anticipada, la misma que el juzgador expone sobre los fundamentos para fijar una reparación civil en el considerando quinto que señala lo siguiente:

(Sobre la reparación civil) el imputado como voluntad de reparar el daño causado ha manifestado estar de acuerdo con la reparación civil de S/. 25,000.00 (veinticinco mil con 00/100 soles), que deberá pagar a favor de la menor agraviada, representada por su señora madre y este pago deberá efectuarlo dentro de los primeros ocho años que se encontrara privado de su libertad, en ese extremo este Despacho ampara la pretensión civil acordada por cuanto guarda parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, teniendo en cuenta que el imputado se verá privado de su libertad por lo menos en veinte años, y es por ello también debe entenderse que la suma acordada es un indicador de la voluntad del imputado de reparar el daño causado, (...)» (p. 05).

De lo citado, se desprende que el juzgador una vez más utiliza criterios de naturaleza pública para establecer la reparación civil y su forma de pago, toda vez que bajo el disfraz del principio de proporcionalidad y razonabilidad trata de justificar que el imputado se encontrará purgando pena privativa de libertad por más de veinte años que ocasionaría un diminuto ingreso económico, pues dentro de la penitenciaría el sentenciado solo dedicaría en efectuar venta de manualidades que no generaría grandes ganancias pecuniarias para cubrir el pago de la reparación civil, siendo la principal razón que esta sea irrisoria, pues el juzgador penal observa la reparación civil mediante una concepción jurídica pública, más no privada, toda vez que aún se preocupa del sentenciado al recibir una sanción penal que causaría un bajo ingreso económico, fijando una reparación civil loable para el imputado.

Asimismo, el juzgador considera que la reparación civil será pagada por el sentenciado a los primeros ocho años de recibido la condena, siendo evidente que dicha sentencia vulnera el principio de tutela judicial efectiva de la víctima, toda vez que este no podrá llegar a ejecutar mediante la ejecución forzada posterior a los ocho años, tomando en cuenta que se trata del delito de violación sexual que particularmente la víctima trae consigo traumas y secuelas psicológicas, debiendo tener un tratamiento psicológico riguroso y constante, hasta a veces es necesario un tratamiento psiquiátrico al verse casos que la víctima cuenta con tendencias suicidas; en ese sentido, este tipos de tratamientos es de manera inmediata y no esperar que el sentenciado cuenta suficiente ingreso económico, y más aún cuando el código civil cuenta con unas series de mecanismo como el embargo de ciertos bienes muebles o inmuebles que pueda tener el sentenciado para cubrir el pago de la reparación civil a favor de la víctima.

En el caso extremo que el sentenciado no cuente con bienes muebles o inmuebles, el juez deberá ordenar a la institución encargada a efectos que la víctima acuda a fin de realizarse tratamientos psicológicos o psiquiátricos de forma gratuita por el tiempo que sea necesario.

En el expediente número 0998-2016-50-1501-JR-PE-01 el juzgador sólo se preocupa del sentenciado, pues en la parte resolutive de la sentencia de terminación anticipada ordena al sentenciado en someterse a una terapia psicológica para tratar su conducta sexual, olvidándose definitivamente de la víctima, sin pronunciarse sobre su tratamiento psicológico o psiquiátrico, según sea el caso. Evidenciándose el completo abandono hacia la víctima de agresión sexual, siendo claro que el juzgador resuelve estos tipos casos bajo una concepción jurídica pública, preocupándose sólo de la parte punitiva, sin lograr ver de manera panorámica la acción civil y lo que persigue esta, que no solo es una reparación civil que se materializa de manera económica, sino también de tratar de velar los intereses de la víctima.

Otro caso analizado es el expediente número 02451-2016-07-1501-JR-PE-01, en la misma que fue emitido la sentencia de vista mediante resolución doce por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Junín, donde se pronuncia el juzgador sobre el estado de la víctima de trece años de edad, según la declaración de la madre de la agraviada señala que su hija no quiere estudiar, habiéndose quedado el tercer grado de secundaria, teniendo tendencias suicidas, y se auto lesiona la mano mediante cortes y se pone a llorar cuando se recuerda del hecho. (p. 10). En este caso, el daño causado a la víctima es grave, pues aparte de las traumas y secuelas psicológicas, se le ha causado un daño al proyecto de vida al truncarse su desarrollo académico, siendo irrisorio la suma S/. 5,000.00 (cinco mil con 00/100 soles) que determino el juzgador como reparación civil,

sin llegar a una motivación de la cuantía fijada, más solo se limita en motivar para llegar a una sanción punitiva.

Es evidente los criterios de los juzgadores de la Corte Superior de Justicia de Junín, que fijan el monto de la reparación civil de acuerdo del quantum la pena privativa de libertad que se le otorgar al imputado, toda vez que al ser sancionado con una condena relativamente baja existe más probabilidades que la reparación civil sea pagada por el sentenciado, pues se hace uso de diversas formas el poder coercitivo en caso de incumplimiento del pago de la reparación civil, incluyendo una sanción punitiva por incumplimiento de mandato judicial, en ese sentido se fija el monto de la reparación civil irrisorio para que esta sea pagada sin mayor problema; de forma contraria ocurre cuando exista una sanción punitiva de treinta años a más y esto se suma a la edad del sentenciado, bajando las probabilidades que la reparación civil sea pagada, motivo por la cual el juzgador en su mayoría fija como reparación civil considerablemente alto, sin embargo es poco probable que se hace uso del poder coercitivo y más aún cuando el sentenciado no cuenta con bienes muebles e inmuebles, asimismo no sería efectivo llegar a la sanción punitiva por incumplimiento de mandato judicial, pues el sentenciado tiene la idea que, si se paga o no la reparación civil, esto no cambiaría la sanción punitiva principal que viene a ser alto, aumentando la probabilidad de no ser cubierto la reparación civil.

Una vez más, se prueba que la reparación civil cuenta con una relación directa proporcional con la sanción punitiva, cuyo criterio no es separado con la acción de la reparación civil. En el expediente número 02659-2016-45-1501-JR-PE-01, donde se emitido la sentencia de vista emitido por la resolución trece donde se llega a motivar para establecer el quantum de la pena privativa de libertad, imponiendo en este caso treinta años de condena; sin embargo, en cuanto a la reparación civil, el juzgador ha señalado que la agraviada

padece de trastorno emocional por la situación vivida, causando un grave daño, fijándose S/. 30,000.00 (treinta mil con 00/100 soles), pero hasta la fecha no ha cumplido con el mandato judicial, ni mucho menos se ha ejecutado de manera coercitiva, pues se justifica que el sentenciado no cuenta con suficientes ingresos económicos; arrastrando un criterio meramente punitivos o ajenos a los presupuestos del código civil.

Expuestos las sentencias que contiene a una sanción penal mayor, ahora fijense que sucede con la reparación civil con las sentencias que contiene penas privativas de libertad relativamente menores. El expediente número 01304-2016-61-1501-JR-PE-01, que mediante sentencia de terminación anticipada que continente la resolución dos, en la parte resolutive impone a una pena privativa de libertad efectiva de cinco años y una reparación civil de S/. 2,000.00 (dos mil con 00/100 soles), cuya reparación no fue fijado porque existe un daño menor, sino por un criterio punitivo, pues el monto de la reparación civil tiene una relación directa proporcional a la pena impuesta. Veamos otro ejemplo, los hechos delictivos son de igual de aberrantes en su mayoría, como sucede en el expediente número 1730-2016-64-1501-JR-PE-01, donde se puede apreciar los hechos expuestos por el representante del ministerio público en la acusación señala:

Que el día 31 de octubre de 2015, Felipe (...) (padrastro de la menor agraviada) llegó a la casa de la madre de la menor, ubicada en la intersección del Pasaje Santa Cecilia con Jr. Los Comuneros S/N, el mismo que se encontraba un poco ebrio y al llegar se puso a tomar cerveza con la madre de a menor y su tío José (...), tomarón como 8 botellas aproximadamente, es así que a las 22,00 horas aproximadamente, la menor de iniciales G.I.T.C. (13), se dirige a descansar en la cama de su mamá y más tarde se acuesta a lado de ella su padrastro, en esos momentos aún su madre Mery (...), seguía tomando con su tío, acostándose posteriormente al lado del

padrastró, es decir, él se encontraba al centro de la madre y la menor agraviada. Después se acostó el tío en la cama su hermanito, que en ese momento no se encontraba en la casa debido a que se había ido a dormir a la casa de su abuela. En tal situación, la menor agraviada aún permanecía despierta mientras su madre ya se había dormido, en eso su padrastró le empezó a tocar todo el cuerpo y para luego de tocarla, bajarle el pantalón, para abusar de ella, la menor no pudo hacer nada ya que se presentaba en un estado de miedo, (...). (p. 03).

Después de haber leído los hechos expuestos en la acusación fiscal, el segundo juzgado de investigación preparatoria emite la sentencia de terminación anticipada revestido en la resolución catorce que establece una pena privativa de libertad de tres años y nueve meses con carácter suspendida, fijándose la suma irrisoria de S/. 500.00 (quinientos con 00/100 soles), encontrándose una mayor diferencia a lo solicitado por el actor civil, quien ha pretendido la suma de S/. 50,000.00 (cincuenta mil con 00/100 soles), argumentando que se ha causado grave daño a la víctima, tanto daño patrimonial, moral, trastorno espiritual y psicológico a la menor.

Queda claro que el juzgador establece el monto de la reparación civil por un criterio punitivo, toda vez que se basa en los hechos delictivos para determinar el quantum de la sanción penal y esta es fijada de forma proporcional la cuantía de la reparación civil, sin considerar de forma objetiva el monto reparatorio que va a cubrir los gastos del daño a la víctima.

4.1.2. Los Jueces Penales no Utilizan los Presupuestos Fijados por el Código Civil para Determinar la Reparación Civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal en Favor de Las Menores de Edad Víctimas de Violación Sexual.

Como se ha mencionado en reiteradas veces, que el derecho penal se basa para determinar la sanción punitiva en la teoría del delito, que

viene a ser la tipicidad, la antijuricidad y culpabilidad; muy diferente en la acción civil que utiliza para determinar la responsabilidad civil la existencia del daño, la antijuricidad, el nexo causal, y el factor de atribución, cuyos presupuestos deben ser al menos motivados en las resoluciones finales a efectos de amparar la decisión de los jueces penales en la reparación civil, tal como lo advierte el profesor Villegas Paiva (2013):

(...) cada una tiene su propia estructura: la responsabilidad penal requiere, en una teoría analítica del delito, de un hecho típico, antijurídico y culpable, mientras que la responsabilidad civil de la existencia de un daño antijurídico, una relación de causalidad entre el daño y la conducta realizada por el autor del mismo, así como de un factor de atribución por el cual se pueda hacer responsable al causante del daño. (p. 182)

De la premisa citada, tanto como la imputación penal y la reparación civil se hace bajo sus propios criterios de forma independiente, en relación a la pretensión que busca satisfacer, toda vez que cada uno de estas acciones ha desarrollado su propia estructura, no siendo óptimo de llegar a una mezcla caprichuda, rompiendo la autonomía de cada disciplina hasta llegarse a contaminar, pudiendo resultar una reparación con fines punitivos olvidándose por completo a la víctima.

En ese sentido, lo más adecuado es que los juzgadores penales llegarán a motivar las resoluciones finales, para un adecuado control sobre la función decisoria y de evitar posibles arbitrariedades, la ley impone a los jueces, el deber de anunciar los motivos o fundamentos de hecho y de derecho en que se basa la reparación civil; en otras palabras los presupuesto de la responsabilidad civil deberán ser motivadas, toda vez que es el único medio a través de la cual las partes y la opinión pública en general, verifican la justicia de las

decisiones judiciales y comprueban por lo tanto la adecuación de ésta a las valoraciones jurídicas vigentes de la comunidad.

Dicho esto, de los expedientes analizados, ninguna resolución final ha motivado los presupuestos de la responsabilidad civil, más sólo existe motivaciones aparentes, como una deficiente fundamentación que ampara la decisión final de la reparación civil, cumpliendo este factor en su integridad, pasando a citar algunos expedientes que consideramos descriptivas del contexto real.

El expediente número 01801-2016-48-1501-JR-PE-02, cuya sentencia obra en autos, revestido en la resolución tres, emitido por el segundo juzgado de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín que hace una motivación aparente sobre la reparación civil, considerando como una pena accesoria en el punto 4.2.3. Señala:

Sobre las penas accesorias: En cuanto al pago de la reparación civil se ha acordado en la suma de cinco mil soles (S/. 5,000.00 S.) a favor de la menor agraviada, en razón del grado de participación y su ocupación del imputado antes de la comisión de los hechos delictivos – chofer – taxista -, la misma que deberá cancelarse en ejecución de sentencia. (p. 24)

Pese de ser una sentencia de terminación anticipada, el juzgador debe de motivar si el monto acordado entre las partes, representante del ministerio público y el imputado, está basado en los presupuestos que el código civil exige para establecer el monto de la reparación civil, sin embargo, el despacho judicial más solo se limita en motivar de forma deficiente, sin mencionar dichos presupuestos.

Otro ejemplo claro viene a ser el expediente número 2948-2017-75-1501-JR-PE-02 que obra en autos la resolución once emitido por el

segundo juzgado de investigación preparatoria de la Corte Superior de Junín, la misma que motiva de forma aparente la responsabilidad civil en el punto 13.2. que a la letra indica:

13.2. El actor civil en sus alegatos finales solicitó que por el delito imputado al acusado Yinfer (...) se le fije por concepto de reparación civil el pago de S/. 50 000.00 soles (cincuenta mil soles) a favor de la menor agraviada de iniciales L.C.C.C.. Al respecto, debe indicarse que el Protocolo de Pericia Psicológica de la menor agraviada identificada con las iniciales L.C.C.C. concluye que emocionalmente es inmadura con dificultades de interpretar adecuadamente la realidad y las consecuencias de la experiencia sexual vivida, lo cual si bien no acredita una afectación psicológica de dicha menor como consecuencia de los hechos delictivos imputados; también lo es, que resulte lógico precisar que se le causo perjuicio moral a la menor agraviada; en tal sentido los hechos ilícitos cometidos por el acusado en perjuicio de la menor agraviada debe ser considerados como daño calificado como de naturaleza extrapatrimonial través de la afectación del bien jurídico vulnerado: indemnidad sexual el mismo que si bien es invaluable, debe ser resarcido económicamente (...). (p. 20)

Como es de verse, el juzgador no logra motivar los presupuestos que exigen el código civil y su doctrina, esto, para establecer la responsabilidad civil. Como estos expedientes analizados en su totalidad ningún juzgador ha motivado de manera adecuada para resarcir a la víctima.

Es preciso señalar la importancia de motivar en las resoluciones judiciales finales con los presupuestos de la responsabilidad civil a fin de determinar de manera idónea el monto de la reparación civil a efectos de intentar cubrir en su forma íntegra los daños causados a la víctima de agresión sexual.

4.1.3. Los Jueces Penales no logran Comprender el Alcance de los Daños y los Gastos Económicos que Genera para una adecuada Rehabilitación de los Menores de Edad Víctimas de Violación Sexual.

Un factor importante sobre el problema de llegar a una indemnización irrisoria viene a ser el desconocimiento de los jueces sobre el impacto del daño causado producto de una violación sexual a una menor de edad, toda vez que esto debe ser explicado de manera técnica por un psicólogo y hasta a veces por un psiquiatra, cuyos profesionales no son exhibidos como medio de prueba a fin de acreditar el alcance del daño perpetrado por el delito, limitándose los jueces penales en mencionar los daños sin comprender el impacto que acarrea esta.

En todos los expedientes examinados se ha podido apreciar que el daño se está motivando con fines punitivos, es decir con la finalidad que el juzgador aprecie la gravedad de los hechos y para determinar la sanción penal; más no se logra motivar con fines de establecer la cantidad de la reparación civil, tal como se puede apreciar en el expediente número 018021-2016-48-1501-JR-PE-02 donde obra en autos la sentencia revestida en la resolución número tres emitido por el segundo juzgado de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín donde solo indica en el punto 4.2.1.2. tercer párrafo: «(...) además sopesando con los intereses de la víctima que es una menor de 13 años y un mes de edad que resulto perjudicada con el accionar delictivo que de seguro le causo grave daño en su integridad física y psicológica; (...)». Este argumento se utilizó para determinar la sanción penal, más no la reparación civil.

De igual forma ocurre en los expedientes números 00554-2016-24-1501-JR-PE-02, 175-2017-61-1501-JR-PE-01 y 03325-2015-43-1501-JR-PE-01, quienes han oralizado en audio y video sobre el daño de la víctima, sin embargo los juzgadores los mencionan en considerando que motiva la sanción punitiva, más no en la parte que

determina la reparación civil; dicho esto, los juzgadores señalan que la víctima padece de un trastorno post traumático.

Como se podrá observar los juzgadores no determinan el alcance del daño que padece la víctima a efectos de señalar un monto adecuado en la reparación civil para que sea más objetiva los montos consignados, pues se ha visto casos que, no todo delito de violación sexual a menores de edad trae como consecuencia un daño. El expediente número 2948-2017-75-1501-JR-PE-02 que obra en autos la resolución once, la sentencia de primera instancia en el punto 10.5.4. literal c. indica lo siguiente:

Se precisa que dicha pericia que en cuanto a la maduración psicosexual de la menor examinada, presenta antecedentes de haber sido tempranamente erotizada, sin embargo, posee escasa información y desconocimiento de procesos de reproducción humana y de los métodos de anticoncepción; incluyéndose: que la peritada presenta maduración visomotora por debajo de su edad cronológica con indicadores de posible lesión orgánica cerebral; maduración cognitiva por debajo de su edad cronológica; emocionalmente inmadura con dificultades para interpretar adecuadamente la realidad y las consecuencias de la experiencia sexual vivida. (p. 13)

En este caso expuesto, la menor agraviada cuenta con catorce años de edad, donde concluye la pericia psicológica que, la víctima tiene emociones inmaduras con dificultad de interpretar adecuadamente la realidad. De lo vertido por el psicólogo, los operadores jurídicos los toca efectuar un análisis conforme a los presupuestos que exige el código civil; en este caso, el nexo causal a efectos de lograr identificar el daño en relación causal del hecho delictivo, dejando de lado la ruptura causal del daño que son circunstancias ajenas al nexo causal del hecho ilícito. En ese sentido, pese de haber existido el delito de violación sexual en contra de una menor de edad se debió examinar

sobre la relación causal entre el supuesto daño que refería la pericia – inmadurez emocional - y el delito; en otras palabras, analizar si dicho daño es ocasionado por el delito, de lo contrario carecería de un daño, en consecuencia, no existiría una reparación civil.

El expediente número 1496-2016-3-1501-JR-PE-02, obra la sentencia de vista emitido por la sala de apelaciones, establece en el punto 3.1.1. lo siguiente:

(...) la perito Psicóloga quien señala que la niña tiene problemas sicosexuales y que en la etapa de púber que se encuentra pudo haberse dañado por la inquietud de tener satisfacción sexual, (...). (p. 3)

En el caso expuesto, la psicóloga hace una presunción, al indicar que pudo haberse dañado por la inquietud de tener satisfacción sexual la menor agraviada; en ese sentido puedo atrever en decir que el daño es de menor proporción, hablando desde la base de los presupuestos que determina la reparación civil, siendo diferente la valoración penal, pues tiende a un mayor reproche penal cuando se trata de una violación a una menor de edad, teniendo una mayor sanción punitiva.

En efecto, de lo expuesto se puede determinar la importancia de acreditar el daño y los demás presupuestos que la norma civil lo fija a efectos de establecer la existencia de la reparación civil. En otros casos, el expediente número 02659-2016-45-1501-JR-PE-01, la sentencia que obra en autos, la resolución trece, en el punto 4.2. para imponer una sanción punitiva, más no una reparación civil, el juzgador no logra comprender el impacto del daño psicológico de la víctima, indicando que: «(...) la pericia psicológica que consigna el trastorno emocional en la agraviada, (...)» (p. 07)

El trastorno emocional es poco entendido en un proceso, pues en la Corte Superior de Justicia de Junín no han expresado su función educativa en relación a una buena motivación sobre este problema a efectos de llegar a observar el impacto del daño causado a la víctima con un mayor panorama. El trastorno emocional no es otra cosa más que una condición que exhibe por un periodo de tiempo hasta un grado que perturba de forma adversa el rendimiento académico del menor y sus relaciones sociales de este; asimismo, al connotar la pericia como trastorno emocional, lo hace de una forma genérica, sin llegar a especificar; toda vez que el trastorno emocional existe diversos tipos: trastorno depresivo mayor, trastorno distímico, trastorno bipolar, trastorno ciclotímico, entre otros. Cada uno de estos tipos tiene sus síntomas y su tratamiento y al no ser expuestas en los juzgados penales, no tenemos ni la mínima idea del alcance del daño generado a la agraviada por la conducta delictiva.

Resulta necesario que los juzgadores entiendan el alcance del daño, de lo contrario no serán conscientes del monto que establece por reparación civil, como ocurre en el expediente número 1853-2016-39-1501-JR-PE-01, donde obra en autos la sentencia de vista expresado en la resolución trece, la misma que en el punto 5.2. establece lo siguiente:

El mencionado perito ratificó en juicio oral el contenido de su Pericia Psicológica N° 014461-2014-PSC, que se concluye:

“La menor es lucida y consiente, con capacidad o intelectual normal dentro del promedio, estrés post traumático producto de la situación vivida”

Precisando que en el estrés post traumático es un trastorno que se caracteriza por tener un miedo exagerado, el que se presenta cuando una persona ha vivido una situación que percibe como amenazante

para su vida, que este podía presentarse a corto, mediano y largo plazo (...) y lo precisado respecto al tiempo transcurrido desde la comisión del delito (esto es después de tres años), se puede evidenciar una afectación psicológica a largo plazo en la menor agraviada. (...). (p. 11)

En el presente caso, el juzgador define el estrés post traumático; sin embargo no llega los alcances que el trastorno post traumático pudiera causar mediante una explicación objetiva, el tratamiento y el tiempo promedio que este duraría para una rehabilitación deseable; es decir, no basta en explicar en qué consiste el daño generado por la conducta del sentenciado, sino que hay que comprender en su mayor envergadura que este trae como consecuencia, pues, este daño tiene implicancias más dramáticas que amerita una mayor cuantía en la reparación civil.

Estos casos dramáticos también se pueden observar en los expedientes analizados, un ejemplo de ello viene a ser el expediente número 2451-2016-7-1501-JR-PE-01 que obra en autos la sentencia de vista en la resolución doce, emitido por la sala penal de apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Junín, donde se detalla en el punto 6.2. que señala lo vertido por la madre de la agraviada que a la letra dice: «(...) “posteriormente mi hija ya no quiso ni estudiar, se puso rebelde, quería matarse y hasta se cortaba las manitos, se quedó en tercer grado de secundaria y que siempre que se acuerda llora”. (...)». De lo expresado, se puede denotar que hay un grave daño a la víctima, tanto daño moral, daño a la persona y el daño al proyecto de vida, entre otros.

4.1.4. Los Jueces Penales evalúan la Cuantía de la Reparación Civil en Base a los Bienes y los Ingresos Económicos que percibe el Sentenciado del Delito de Violación Sexual.

Los jueces no deben considerar los bienes y los ingresos económicos que percibe el sentenciado para establecer el monto de la reparación civil, sino bajo los elementos que establece el código civil para determinar la cuantía de la reparación a favor de la víctima de violación sexual.

Los bienes y los ingresos económicos que percibe el sentenciado son criterios totalmente ajenos a los presupuestos que señala el código civil; sin embargo, hacemos hincapié que no motiva en el punto de la reparación civil, sino el punto para determinar la cuantía de la pena sin quitar esta valoración para que fije la reparación de la manera subjetiva. El expediente número 1853-2016-39-1501-JR-PE-01, la sala de apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Junín emite la sentencia de vista revestida en la resolución trece del punto 6.2. Señala:

(...), en el presente caso de evidencia una circunstancia atenuante genérica que viene a ser la carencia de antecedentes penales, por lo que se ubica la pena en el tercio inferior, esto es de 30 años a 31 años y 8 meses de pena; además considerando las circunstancias sociales del sentenciado, esto es que tiene grado de instrucción quinto de secundaria y que se desempeña como mecánico, se ubica la pena concreta en el extremo mínimo del tercio inferior, imponiéndole 30 años de pena privativa de libertad. (p. 13)

Si bien es cierto que el juzgador considero el grado de instrucción y su labor como mecánico del sentenciado a fin de motivar la cuantía de la pena, considerando como un atenuante; pero no hay que olvidar que el juzgador contempla erróneamente que la reparación civil viene a ser una sanción accesoria de lo penal; en consecuencia, los criterios

punitivos también son valorados en el punto de la reparación civil, pese que estas no son expresadas en la resolución final.

En efecto, esta investigación ha establecido que los juzgados determinan la reparación civil desde un criterio punitivo, toda vez que considera que la reparación civil es accesoria a la pena, sin ser autónoma del derecho penal.

En el expediente número 2948-2017-75-1501-JR-PE-02 donde obra en autos la sentencia revestida en la resolución once emitida por el segundo juzgado de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín, donde se puede apreciar en el punto 12.14. la existencia de una valoración de la labor que desempeña el sentenciado, es decir de su trabajo como agricultor, cuyo indicador ha sido valorado por el despacho judicial a efectos de reducir la sanción de la pena.

(...), considera que en el presente caso, resulta desproporcionado cumplir estrictamente con las fórmulas penales para imponer una sanción que en lugar de estabilizar un conflicto y otorgar paz social a las partes, originaría otro conflicto y desazón en los involucrados, siendo ello causa suficiente para disminuir la pena límites inferiores al mínimo legal, y teniendo en cuenta las condiciones personales del acusado Yinfer (...), esto es, de grado de instrucción primero de secundaria, de ocupación agricultor, y agente primario en la comisión de actos delictivos, (...). (p. 18)

Se advierte que esta valoración de la condición laboral del sentenciado no es motivada de forma expresa en el punto de la reparación civil; en consecuencia, los jueces penales en su mayoría no evalúan si el sentenciado tiene bienes o ingresos económicos en el transcurso del proceso a efectos de fijar la cuantía de la reparación civil, más sólo pone énfasis para ser un atenuante en la sanción penal.

Sin embargo, existe pocas excepciones como el expediente número 01801-2016-48-1501-JR-PE-02 que obra en autos la sentencia revestida en la resolución tres que emite el segundo juzgado de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín, quien indica lo siguiente en el punto 4.2.3.

Sobre las penas accesorias: En cuanto al pago de la reparación civil se ha acordado en la suma de cinco mil soles (S/. 5,000.00 S.) a favor de la menor agraviada, en razón del grado de participación y su ocupación del imputado antes de la comisión de los hechos delictivos – chofer – taxista -, la misma que deberá cancelarse en ejecución de sentencia. (p. 24)

De lo citado se desprende que el juzgador penal ha considerado su labor del procesado – chofer – taxista - a efectos de establecer el monto de la reparación civil que fue fijada la suma de S/. 5,000.00 (cinco mil con 00/100 soles); en ese sentido, en este caso ha cumplido a cabalidad el factor propuesto en nuestra hipótesis.

El expediente número 1730-2016-64-1501-JR-PE-01 el primer juzgado de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín se pronunció mediante sentencia de terminación anticipada revestida en su resolución catorce se advierte que el juzgador también considero el ingreso económico del sentenciado en su labor como obrero en la empresa diestra concesión Huancayo S.A.C., esto para llegar a una sanción punitiva, pues no se ha motivado de manera expresa en el punto donde determina la reparación civil.

Otro criterio que se ha podido apreciar en los despachos judiciales, al examinar los fundamentos que expone en la reparación civil, se valora demasiado la condición que afrontará el procesado una vez

sentenciado a una pena privativa de libertad, esto agravará su situación económica, la misma que es estimado por el juzgador penal, incluso se otorga facilidades de pago a efectos que el sentenciado pueda cumplir con el pago de la reparación civil dentro de un penal, como se pudo observar en el expediente número 0998-2016-050-1501-JR-PE-01, donde el primer juzgado de investigación preparatoria de la corte superior de Justicia de Junín emitió la sentencia de terminación anticipada, la misma que el juzgador expone sobre los fundamentos para fijar una reparación civil en el considerando quinto establece:

(Sobre la reparación civil) el imputado como voluntad de reparar el daño causado ha manifestado estar de acuerdo con la reparación civil de S/. 25,000.00 (veinticinco mil con 00/100 soles), que deberá pagar a favor de la menor agraviada, representada por su señora madre y este pago deberá efectuarlo dentro de los primeros ocho años que se encontrara privado de su libertad, en ese extremo este Despacho ampara la pretensión civil acordada por cuanto guarda parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, teniendo en cuenta que el imputado se verá privado de su libertad por lo menos en veinte años, y es por ello también debe entenderse que la suma acordada es un indicador de la voluntad del imputado de reparar el daño causado, (...). (p. 05). De lo citado se desprende que el despacho judicial ha valorado que el sentenciado estará por más de veinte años con pena privativa de libertad, en consecuencia, indica que viene a ser proporcional y razonable fijar la suma de S/. 25,000.00 (veinticinco mil con 00/100 soles) por concepto de reparación civil a favor de la víctima, la misma que será pagada por el transcurso de los ocho años.

En esa línea de ideas, es evidente que el juzgador se preocupa del sentenciado aún más que de la propia víctima, vulnerando el principio de tutela judicial efectiva, toda vez que, cierra toda las posibilidades para que la agraviada pueda ejecutar de manera forzada el pago de

la reparación civil, usando diversos mecanismos procesales, tales como trabar embargo en forma de depósito, embargo en forma de inscripción, embargo en forma de retención, embargo en forma de administración de bienes, embargo de bienes inscritos a nombre de tercera persona y de inmuebles sin inscripción registral, embargo de bienes en régimen de copropiedad, embargo de bienes de la sociedad conyugal, afectación de remuneraciones y pensiones, y bloqueo o inmovilización de cuentas bancarias, entre otros mecanismos que el actor civil podría realizar para asegurar el pago de la reparación civil.

Como se puede denotar, tal parece que el despacho judicial se olvida los derechos de la víctima; como se ha visto la resolución final ordena que el pago de la reparación civil se efectuará durante los primeros ochos años, perjudicando a la agraviada, pues durante el tiempo no podrá ejecutar la sentencia, sino esperar hasta que el sentenciado tenga los ingresos suficientes para poder cumplir el mandato judicial.

Otro ejemplo, el expediente número 03025-2015-96-1501-JR-PE-02, resolución número seis que obra en autos la sentencia de terminación anticipada que emitió el segundo juzgado de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín establece en el considerando cuarto lo siguiente:

(...), pero en la presente audiencia se reconsidero en la suma de S/. 8,000.00 (ocho mil con 00/100 soles) como pago de la reparación civil. S/. 5,000.00 (cinco mil con 00/100 soles) que deberá ser cancelado en cuotas a partir del presente mes hasta los diez meses posteriores y los S/. 3,000.00 (tres mil con 00/100 soles) a partir del tercer año que el imputado se encuentre como interno del Establecimiento Penitenciario de Huamancaca Chico, en cuotas de S/. 300.00 (trescientos con 00/100 soles), también en diez meses a partir del año 2018.» (p.06).

Como se desprende de la sentencia citada, el despacho judicial facilita el modo de pago a favor del sentenciado, preocupándose una vez más la condición económica del condenado una vez que purga pena privativa de libertad; en ese sentido el magistrado fijó la suma de S/. 8,000.00 (ocho mil con 00/100 soles), donde S/. 5,000.00 (cinco mil con 00/100 soles) pagaría en diez meses y dentro del tercer año de condena el imputado recién pagaría la diferencia que viene a ser S/. 3,000.00 (tres mil con 00/100 soles); siendo evidente que el juzgador se ha basado en los ingresos mínimos que tendría el imputado dentro de la penitenciaría, dando las facilidades de pago incluyendo cuotas irrisorias.

Se advierte que el juzgador tiene una especial consideración con los sentenciados que purga una pena privativa de libertad, fijando el monto y el modo de pago, teniendo un solo perjudicado, la agraviada menor de edad víctima de violación sexual, quebrantando su derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que no logra en realizar el cobro de la reparación civil de manera efectiva y de inmediato.

4.1.5. La Omisión de Motivar en los Requerimientos Fiscales y en las Sentencias Judiciales a Efectos de Determinar la Cuantía de la Reparación Civil a Favor de la Víctima de Violación Sexual.

En la praxis judicial, la mayoría de los casos, los jueces de juzgamiento al momento de emitir la sentencia solo se limitan en motivar sobre la responsabilidad penal, más no llegan a motivar o mediante una motivación aparente se basa el monto indemnizatorio, sin hacer un análisis exhaustivo sobre los criterios y los elementos para determinar la responsabilidad civil. De igual forma ocurre con los requerimientos fiscales, en su mayoría, no llegan a motivar para lograr una correcta reparación civil a favor de la víctima.

En ese sentido, pasemos analizar los requerimientos fiscales emitidos por el representante del ministerio público a efectos de examinar con

detenimiento las motivaciones efectuadas con respecto a la reparación civil, en otras palabras, observar si los requerimientos fiscales se motivan conforme a los presupuestos que fijan en código civil para establecer el monto de la reparación civil.

En el expediente número 1730-2016-64-1501-JR-PE-01 obra el requerimiento fiscal de fecha dieciocho de enero del dos mil diecisiete, donde indica en el punto 1.8. trata de motivar la reparación civil de acuerdo a los daños sufridos por la víctima, conforme a la letra dice lo siguiente: «(...) la menor agraviada de iniciales G.L.T.C. quien ha sufrido daños psicológicos, conforme al Protocolo de pericia psicológica Nro. 003706; 3712 y 4052-2016-PSC, de fecha 01 de abril del 2016, para determinar dicha indemnización corresponde remitirnos a las normas civiles (...).».

Como se puede advertir, el representante del ministerio público trata de remitirse a las normas civiles fijados los presupuestos para establecer la indemnización respectiva a favor de la víctima; sin embargo, sólo hace referencia del daño moral, sin lograr acreditar el alcance del daño que ocasionó el agresor a la agraviada manifestando lo siguiente:

En el presente caso, se debe considerar el daño moral. - Que es aquello que afecta la esfera psíquica de la víctima, (...) en el presente caso la menor presenta una grave afectación psicológica que va afectar su desarrollo personal y sexual en el futuro, para lo cual va a requerir un largo tratamiento psicológico, por lo que por concepto de indemnización de daños y perjuicios se debe establecer el monto de S/. 5,000.00 nuevos soles. (p. 08)

El requerimiento fiscal trata de expresar los daños psicológicos de la víctima y por tal razón viene a ser necesario un adecuado tratamiento

psicológico que tendrá que recurrir la víctima llegando requerir la suma de S/. 5,000.00 (cinco mil con 00/100 soles).

Por otro lado, en este expediente se puede apreciar que la parte agraviada se ha constituido como actor civil, la misma que exponer los hechos delictivos acaecidos, para luego señalar en el punto 2.2. lo siguiente:

Invoco también a mi favor, el artículo 98° del NCPP, que prescribe: “La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercida por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito, que estimo en el monto de S/. 50,000.00, Nuevos soles, que es el monto de los daños colaterales que se están causando como es el daño moral y emocional que se ha causado, incluso con el trámite de la presente.

El actor civil sólo se avoca en señalar los daños colaterales que pudo haber causado a la víctima, sin ofrecer medios probatorios que indiquen el alcance del daño que sufre la menor agraviada, más sólo se limita en señalar los hechos y el monto de la reparación civil sin motivar bajo los presupuestos que fija el código civil para establecer la reparación civil.

Por su parte, el despacho judicial emitió la sentencia de terminación anticipada revestida en la resolución catorce, donde el juez ha motivado de forma oralizada señalando habiendo llegado a un acuerdo entre el representante del ministerio público y el imputado la suma de S/. 3,000.00 (tres mil con 00/100 soles) por concepto de reparación civil a favor de la víctima, el juzgador lo encuentra razonable y proporcional, en consecuencia, dicho monto será pagado en la forma y modo establecidas en el acuerdo de terminación anticipada.

Por su parte, en el expediente número 3259-2016-24-1501-JR-PE-02 obra en autos el acta de registro de audiencia de terminación anticipada, donde se aprecia que el representante del ministerio público ha motivado de la siguiente forma a efectos de amparar la reparación civil.

(...) estando a que se ha acogido al proceso de Terminación Anticipada, realizando la disminución de conformidad con el artículo 471° del Código Procesal Penal, solicita que se le imponga una pena de 29 años y dos meses de pena privativa de libertad la misma que debe tener un carácter de efectiva. Respecto de la reparación civil se ha fijado en merito a la afectación ocasionada a la agraviada y con participación de la misma, se ha llegado a fijarse la suma de diez mil soles, la misma que será pagado en nueve meses, a razón de S/. 1,000.00 soles los ocho primeros meses y el último mes la suma de S/. 2,000.00 soles, contados desde el momento que fuera aprobado el presente acuerdo. (p. 02)

Esta es la motivación del representante del ministerio público dentro de la audiencia de terminación anticipada, pues tanto este como el imputado han acordado la sanción punitiva más el monto de la reparación civil, ambos están de acuerdo. Sin embargo, en este tipo de proceso, pese que el actor civil se ha constituido en el presente proceso, no se ha tomado en cuenta los fundamentos lanzados, ni mucho menos la pretensión reparatoria que obra en autos, donde se aprecia en el punto 2.2 lo siguiente:

Invoco también a mi favor, el artículo 98° del NCPP, que prescribe: “La acción preparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito, que estimo en el monto

de S/. 15,000.00, monto que por lo menos va a cubrir una terapia psicológica, pese al daño irreparable que se ocasionado, así como de los daños colaterales que están causando con el trámite de la presente. (p. 3).

Mediante resolución dos de fecha nueve de enero del año dos mil diecisiete se ha aprobado el acuerdo provisional de terminación anticipada el segundo juzgado de investigación preparatoria, declarando reponsable penalmente imponiendo una pena privativa de libertad de veintinueve años y dos meses más la reparación civil por la suma de diez mil soles, tal como se acordó con el representante del ministerio público, sin tomar en consideración lo expuesto por el actor civil, evidenciándose que este tipo de proceso está pensado para los derechos del imputado, olvidándose los derechos de la agraviada.

Asimismo, el expediente número 02200-2017-76-1501-JR-PE-04 obra en autos la acusación fiscal emitido por la sexta fiscalía provincial penal corporativa de Huancayo, quien motiva en el punto B lo siguiente:

Respecto a la reparación civil; debe entenderse como aquellos efectos negativos de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales; subsecuentemente, es de indicar que la reparación civil importa el resarcimiento del bien jurídico o indemnización por quien produjo el daño delictivo, siendo en el presente caso una menor agraviada, que conforme a lo previsto en el Art. 93° del Código Penal, la reparación civil 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. Se tiene en cuenta el daño causado en toda su dimensión y se proyecta en cuanto su contenido a lo establecido en la norma penal acotada y en aplicación del principio del daño causado, para los efectos de fijar el monto de la reparación civil, como función primordial la protección del

agraviado y aseguramiento de la reparación de los derechos afectados por la comisión del delito, monto que se fijara en forma global y conforme a los hechos sucedidos. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por los Artículo 92°, 93°, 94°, y 101° del Código Penal, este despacho fiscal requiere que el acusado pague por concepto de reparación civil, la suma de (...) S/. 5,000.00.

El representante del ministerio público trata de motivar siguiendo las reglas del artículo 93° del código penal, argumentando en base del principio del daño causado; sin mencionar que daño se ha causado a la víctima, en consecuencia, no comprende el alcance del daño que género el delito cometido.

Se puede apreciar que no se fundó de los informes periciales psicológicos que determina los daños psicológicos perpetrados hacia la víctima, ni los tratamientos que este necesita, ni el tiempo que durara los mismos a efectos de determinar con mayor objetividad el requerimiento del monto de la reparación civil para cubrir los gastos que este necesita para un buen tratamiento.

Por otro lado, el expediente número 00554-2016-24-1501-JR-PE-02 se ha efectuado la audiencia de terminación anticipada, donde se registra en audio y video que el fiscal argumento de la siguiente forma a fin de lograr la motivación de la reparación civil.

Solicito que se imponga en contra del acusado como pena concreta final de 06 años y 06 meses de pena privativa de libertad efectiva y la suma de S/. 3,000.00 soles por concepto de reparación civil que se pagara en ejecución de sentencia, se precisa que la agraviada al momento de los hechos tenía 13 años, 03 meses y 18 días de edad, la menor no tiene afectación psicológica, la agraviada era enamorada del acusado y convivían a escondidas, la diferencia de edad del

acusado y la agraviada son de siete años, el acusado no tiene antecedentes penales.

Se observa en este punto de motivación el criterio punitivo que resuelve para determinar la reparación civil, no se agarra de los presupuestos que fija el código civil, sino criterios ajenos tales como la edad de la menor agraviada, la afectación psicológica, la atenuante de la convivencia, la diferencia de edad entre el imputado y la agraviada; siendo meramente punitivos, es decir el reproche penal sirve de base para la reparación civil, siendo este criterio errado a nuestro punto de vista.

En cuanto al expediente número 03025-2015-96-1501-JR-PE-02 se ha efectuado la audiencia de terminación anticipada, donde se registra en audio y video que el fiscal argumentos de la siguiente forma a fin de lograr la motivación de la reparación civil.

(...), solicitando la aprobación de la propuesta de acuerdo provisional para la celebración de la audiencia de Terminación Anticipada solicitando que le imponga siete años de pena privativa de libertad efectiva y se fije por concepto de reparación civil la suma de cinco mil soles a favor de la menor agraviada, haciendo referencia que el imputado ha depositado la primera armada de S/. 500.00 (Quinientos con 00/100 soles) y la forma de pago será cada fin de mes depositando la suma de S/. 500.00 (Quinientos con 00/100 soles) hasta cancelar el monto mencionado.

Se observa otra vez un criterio punitivo por parte del representante del ministerio público, en este caso, motiva la forma de pago de la reparación civil, sin destacar antes los fundamentos que arriba para considerar el monto de la reparación civil planteada, careciendo de motivación.

Por su parte, se examinó las motivaciones de la reparación civil que se logran consignar en los despachos judiciales; en ese sentido se hace mención el expediente número 2948-2017-75-1501-JR-PE-02 donde obra en autos la resolución once la sentencia, se puede apreciar la motivación de la responsabilidad civil en el punto 13.1. que a la letra dice:

13.1. Que, cuando se ataca o lesiona un bien jurídico particular o de carácter general, ello conlleva indefectiblemente a una afectación respecto a un interés individual o social, según sea el caso, surgiendo la justa expectativa del perjudicado de ver reparada la lesión causada o el daño sufrido, siendo esta expectativa de reparación la que se va a satisfacer mediante la responsabilidad civil, (...).

13.2. (...); en tal sentido los hechos ilícitos cometidos por el acusado en perjuicio de la menor agraviada deben ser considerados como daños calificado como de naturaleza extrapatrimonial a través de la afectación del bien jurídico vulnerado: indemnidad sexual, el mismo que si bien invaluable, debe ser resarcido económicamente (...). (p. 19-20).

En esta parte los juzgados no logran motivar a efectos de determinar la cuantía de la reparación civil, más sólo trata de justificar con criterios meros punitivos al mencionar un bien jurídico netamente penal – indemnidad sexual; sin motivar mediante un bien jurídico civil, tales como el daño a la persona de naturaleza extrapatrimonial.

Lo mismo ocurre en el expediente número 1801-2016-48-1501-JR-PE-02 cuando en la sentencia revestida en la resolución número tres en el tercer párrafo del punto 4.2.3. indica lo siguiente:

Si bien es cierto que la indemnidad sexual constituye un bien jurídico invaluable económicamente, empero de acuerdo con lo glosado en

el párrafo anterior, a criterio del Juzgado el monto fijado en el acuerdo provisional de terminación anticipada es proporcional, la que también se encuentre dentro de los márgenes legales razonables, por lo amerita su aprobación correspondiente, cuyo monto deberá ser pagado en su integridad por el imputado, previa las formalidades de la ley.

De igual forma, el despacho judicial considera que la indemnidad viene a ser un bien jurídico protegido, sin embargo, dicho bien es de naturaleza penal, más no viene a ser un bien jurídico civil, sin llegar a motivar los presupuestos de la responsabilidad civil, en tal sentido carece de motivación que justifique la acuantía de la reparación civil, fijando una irrisoria sin saber los motivos de tal decisión.

De todos los expedientes examinados, se observa que los fiscales y el despacho judicial no cumplen con la motivación para determinar el monto de la reparación civil, más sólo asumen criterios punitivos y otros criterios ajenos de los presupuestos fijados por el código civil, tales como la motivación que trata de justificar el medio de pago de la reparación civil por ser razonable y proporcional, tales como se puede apreciar en los expedientes número 1964-2016-57-1501-JR-PE-02, 3321-2015-49-1501-JR-PE-02 y 0998-2016-50-1501-JR-PE-01.

Probándose en ese sentido, que tanto el representante del ministerio público y el juzgado no llegan a una motivación satisfactoria que trate de justificar el monto fijado por los operadores jurídicos, más sólo fundamenta con criterios ajenos a los presupuestos impuestos por el código civil para determinar la reparación civil.

4.1.6. La Falta de Bienes e Ingresos Económicos del Sentenciado que No Permite la Ejecución de la Sentencia que Ordena el Pago de la Reparación Civil a Favor de la Víctima de Violación Sexual.

En los expedientes analizados se ha buscado los certificados de trabajo y las declaraciones del mismo sentenciado que determina su labor a efectos de tratar de probar los ingresos económicos que habría tenido antes de cometer el delito de violación en contra de una menor de edad.

Por otro lado, se ha podido apreciar en todos los expedientes analizados que tanto el representante del ministerio público y del actor civil no logran acreditar los bienes muebles o inmuebles que tienen los sentenciados, en ese sentido no existe medidas cautelares que traten de realizar embargos de cualquier naturaleza, asimismo no hay otros tipos de mecanismos procesales que se emplea para garantizar la ejecución de la reparación civil, pese que los sentenciados no han logrado cumplir con el pago de la reparación civil en su totalidad, como se podrá apreciar a continuación, señalando diversos aspectos que denotan nuestra hipótesis.

El expediente número 1730-2016-64-1501-JR-PE-01 obra en autos la constancia de trabajo emitida por la empresa Diestra Concesión Huancayo S.A.C., donde se acredita que el sentenciado trabajo en el cargo de obrero desde el mes de setiembre del año dos mil doce hasta el diecisiete de marzo del dos mil dieciséis que obra a fojas quince. En este caso, mediante sentencia de terminación anticipada de fecha catorce de marzo del dos mil diecisiete, el juzgador otorgo tres años y nueve meses de pena privativa de libertad y como reparación civil se fijó la suma de S/. 3,000.00 (tres mil con 00/100 soles); en este caso, ocurre un aspecto interesante, el sentenciado tenía trabajo antes de recibir purgar una pena privativa de libertad y pese de no ser requerido por el despacho judicial, el sentenciado logro cancelar la reparación civil, conforme se puede apreciar la resolución doce de

fecha cuatro de setiembre del dos mil diecisiete, es decir después de seis meses de haber sido sentenciado.

De este aspecto se puede apreciar que el sentenciado tenía una condición económica estable, toda vez que contaba con trabajo rentable antes de ser sentenciado con pena privativa de libertad, teniendo como producto, la cancelación de la reparación civil a favor de la víctima.

Sin embargo, no puede actuarse como una regla general, es decir, cuando existe trabajo de por medio no garantiza que el sentenciado logre cancelar la reparación civil, como ocurre en el caso con expediente número 1853-2016-39-1501-JR-PE-01 en la declaración testimonial del imputado, así como en la sentencia de vista en el punto 6.2. establece que el sentenciado se desempeña como mecánico, y como se puede apreciar en la sentencia de fecha quince de noviembre del dos mil diecisiete se ha fijado como reparación civil la suma de S/. 10,000.00 (diez mil con 00/100 soles); pero, hasta la fecha el sentenciado no logra cancelar.

Quizás, existe otro tipo de aspectos que la situación pueda cambiar, tales como la exigencia por parte del ministerio público o del actor civil, según sea el caso a efectos que el despacho judicial pueda requerir al sentenciado bajo apercibimiento de iniciar una ejecución forzada.

En el presente caso, no existe ningún tipo de requerimiento por parte del representante del ministerio público, es decir, no existe interés en investigar si el sentenciado cuenta con un bien inmueble o mueble para ser embargado a efectos de garantizar el pago de la reparación civil, en consecuencia, el despacho judicial no emite ninguna resolución que ejecute en el extremo de la reparación civil, teniendo una actitud tolerante toda vez que el sentenciado está purgando una

pena privativa de libertad, que a todas luces se desprende que cuenta con bajos ingresos económicos dentro de la penitenciaria, sin embargo no logran determinar si cuenta con bienes muebles o inmuebles, tomándose en cuenta que tenía trabajo como mecánico.

En otras palabras, se puede apreciar que el sentenciado tenía una labor antes de cumplir una pena privativa de libertad, pero esta condición no garantiza que la reparación civil sea pagada, sino también existe otras condiciones que comparte con este aspecto. Por esa razón, debe existir una ardua labor por parte de los operadores jurídicos a fin de investigar si el sentenciado cuenta o no con bienes inmuebles o muebles para ser ejecutable.

Del mismo modo ocurrente en el expediente número 01801-2016-48-1501-JR-PE-02, cuya sentencia obra en autos, revestido en la resolución tres de fecha siete de octubre del dos mil dieciséis, señala en su punto 4.2.3. que el sentenciado se desempeña como chofer-taxista, imponiendo una pena privativa de libertad por dieciséis años y ocho meses y fijándose la suma de S/. 5,000.00 (cinco mil con 00/10 soles) por reparación civil a favor de la víctima. En este caso, también se observa que el sentenciado tenía un trabajo antes de purgar una pena privativa de libertad, sin embargo, no ha cancelado la reparación civil.

En esa línea de ideas, se infiere que el sentenciado tenga un ingreso económico antes de ser condenado a una pena privativa de libertad no garantiza que la reparación civil sea pagada en su integridad, sino interviene otros aspectos ajenos a este hipótesis, tales como se puede apreciar en la presente la omisión de requerir el pago de la reparación civil por parte del ministerio público, el actor civil y el despacho judicial, así como también al ingresar al establecimiento penitenciario baja la condición económica del sentenciado.

Por último, en el expediente número 2948-2017-75-1501-JR-PE-02 se puede observar en autos la declaración del sentenciado, así como también en la sentencia en el punto 12.14. se advierte que el sentenciado se dedicaba a la agricultura, fijándose la suma de S/. 3,000.00 (tres mil con 00/100 soles) por concepto de reparación civil, imponiendo a una pena privativa de libertad de cuatro años, cuya pena se suspende por dos años de prueba.

En el caso de referencia, el sentenciado se encuentra libre, trabajando en su misma labor; sin embargo, no ha depositado la reparación civil a favor de la víctima, es más, solicita que se exonere dicha reparación argumentando que en la actualidad ha contraído nupcias y convive con la agraviada, formando una sociedad de gananciales.

Se puede llegar a inferir que existe diversos aspectos para que el sentenciado no logre pagar la reparación civil, no sólo es la falta de ingresos económico, sino hay diferentes situaciones que se pueda acercar para ser consecuencia de la no cancelación de la reparación civil.

4.1.7. El Desinterés por Parte del Sentenciado y del Estado a Efectos de Cubrir la Reparación Civil a Favor de la Víctima de Violación Sexual.

En este punto, se ha examinado si la parte sentenciada ha logrado cancelar la reparación civil conforme establece la sentencia final, de esa manera se logró determinar el desinterés del sentenciado y el tiempo que lleva sin efectuar el cumplimiento del mandato judicial, existe un grado de desinterés por parte del Estado, toda vez que no logra indemnizar a la parte agraviada por responsable solidario, pues no ha efectuado los mecanismos procesales por intermedio del representante del ministerio público a efectos de garantizar el pago de la reparación civil. Veamos algunos expedientes analizados.

El expediente número 3548-2017-0-89-1501-JR-PE-02, obra en autos la sentencia revestida en la resolución número diez de fecha diez de julio del dos mil dieciocho, donde se impone veinte años de pena privativa de libertad y se fija la reparación civil por la suma de S/. 15,000.00 (quince mil con 00/100 soles), cuyo monto no se ha cumplido en pagar hasta la fecha, pues el sentenciado ha interpuesto un recurso de casación con fecha nueve de enero del dos mil diecinueve. En ese sentido, se aprecia el desinterés por parte del ministerio público, toda vez que no interpone una medida cautelar contra bienes que pudiera tener el actor, siendo la mayor perjudicada la víctima, pues han transcurrido más de dos años y no existe garantías de la reparación.

Por su parte, el expediente número 00561-2016-43-1501-JR-PE-02 se observa en autos la sentencia de vista revestida en la resolución diecinueve, donde se impone la pena privativa de libertad de quince años más la reparación civil por la suma de S/. 5,000.00 (cinco mil con 00/100 soles) a favor de la víctima, este mandato judicial fue emitido con fecha dieciocho de enero del dos mil dieciocho; observándose en autos que el representante del ministerio público solicita la ejecución forzada, en ese sentido el despacho judicial emite la resolución veintidós de fecha trece de setiembre del dos mil diecisiete otorgando treinta días al sentenciado para su cancelación de la reparación civil, la misma que fue pagada en su integridad, conforme se puede contrastar mediante la resolución veinticuatro de fecha seis de febrero del dos mil dieciocho que se tiene por cancelada en su integridad.

Por otro lado, se puede observar en el expediente número 1964-2016-57-1501-JR-PE-02, donde obra en autos la sentencia de terminación anticipada Nro. 050-2016-CSJJU/2DOJIP-EBM, revestido en la resolución dos de fecha ocho de noviembre del dos mil dieciséis,

donde se resuelve imponer tres años diez meses y veinte días de pena privativa de libertad de modalidad suspendida, fijando la suma de S/. 3,000.00 (tres mil con 00/100 soles). En este caso, el sentenciado logro pagar la reparación civil en doce cuotas, abonando S/. 250.00 (doscientos cincuenta con 00/100) cada cuota, logrando cancelar el total conforme se desprende la resolución dieciséis de fecha tres de noviembre del dos mil diecisiete; advirtiendo que se canceló después de un año.

El expediente número 175-2017-61-1501-JR-PE-01 se tiene la resolución cinco de fecha dos de agosto del dos mil diecisiete, que viene a ser la sentencia de terminación anticipada, resolviendo cuatro años de pena privativa de libertad de carácter efectiva más la suma de S/. 5,000.00 (cinco mil con 00/100 soles) por reparación civil a favor de la agraviada. En el presente caso, se desprende la resolución catorce de fecha cinco de marzo del dos mil diecinueve, que se tiene por cancelado el total de la reparación civil.

En cuanto al expediente número 00015-2017-76-1501-JR-PE-01 donde se encuentra en autos la sentencia de terminación anticipada revestida en la resolución tres de fecha veintidós de marzo del dos mil diecisiete, la misma que el juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín, resuelve imponer ocho años y cuatro meses de pena privativa de libertad, y se fija la reparación civil a favor de la agraviada la suma de S/. 8,000.00 (ocho mil con 00/100 soles), donde se advierte en autos que mediante resolución cinco de fecha dieciséis de octubre del año dos mil diecisiete se requiere al sentenciado de la siguiente forma:

(...) Requírase el pago de la reparación civil, bajo apercibimiento de iniciarse ejecución forzada sobre los bienes que se sepan ser de su propiedad, sin perjuicio de proceder a la inscripción en el registro de deudores de reparación civil, conforme a la ley 30353 (...). (p. 1).

De lo citado se desprende que han transcurrido un año más seis meses, sin embargo, hasta la fecha no se inicia la ejecución forzada, infiriéndose la falta de interés por parte del sentenciado en pagar la reparación civil y del Estado en representación del ministerio público que hasta la fecha no requiere el pago de dicha reparación a favor de la víctima.

Por otro lado, el expediente número 01304-2016-61-1501-JR-PE-01 se puede apreciar la sentencia de terminación anticipada de resolución número dos de fecha veintiséis de julio del año dos mil dieciséis, la misma que el juzgador ha resuelto en imponer cinco años de pena privativa de libertad y una reparación civil por el monto de S/. 2,000.00 (dos mil con 00/100 soles). El caso en referencia, el despacho judicial ha emitido la resolución número seis de fecha siete de febrero del dos mil diecisiete, requiriendo al sentenciado en pagar la reparación civil en un plazo máximo de diez días, sin embargo, han transcurrido más de dos años y aún no se logra ejecutar el pago de la reparación civil, advirtiendo el desinterés del sentenciado y del representante del ministerio público.

Por último, en el expediente número 03325-2015-43-1501-JR-PE-01 se encuentra la sentencia de terminación anticipada resolución cuatro de fecha quince de marzo del dos mil dieciséis, donde se falla encontrándose responsable al imputado por el delito de violación sexual contra un menor de edad, imponiéndose catorce años y dos meses de pena privativa de libertad y la suma de S/. 2,000.00 (dos mil con 00/100 soles) como reparación civil a favor de la víctima; siendo este caso aún más dramático, pues han transcurrido más de tres años que no se logra ejecutar la sentencia en relación a la reparación civil. Probándose una vez más el desinterés del sentenciado y del representante del ministerio público.

4.2. Análisis de los Resultados.

4.2.1. Los Jueces Penales al emitir una Sentencia Condenatoria utilizan Criterios de una Concepción Jurídica Pública para establecer la Reparación Civil de Naturaleza Jurídica Privada que Salvaguarde Eficazmente la Tutela Judicial Efectiva a favor de las Menores de Edad Víctima de Violación Sexual.

Del análisis de los expedientes efectuados se ha podido observar diferentes aspectos para concluir que los jueces penales utilizan criterios de una concepción jurídica pública para establecer la reparación civil como se tratara de explicar a lo largo de este punto.

Uno de los aspectos que se ha visto es que el juzgador primero trata de comprender la gravedad del delito, examina los hechos para darse una idea de la brutalidad que realizó el imputado para someter a la víctima a efectos de satisfacer su apetito sexual, asimismo hace una valoración subjetiva el grado de parentesco o cercanía entre el imputado y la víctima, así como también la edad de la víctima y diferencia de edades entre el agresor y la agraviada. Estos son algunas apreciaciones que toma en cuenta el juzgador al momento de emitir el fallo condenatorio, imponiendo la pena privativa de libertad.

Estas valoraciones que utilizo el juzgador para condenar al imputado no se van del razonamiento lógico jurídico, sino que permanecen aún para fijar la reparación civil, en otras palabras, utiliza criterios con concepción jurídica pública para determinar la reparación civil, dejando de lado los presupuestos establecidos por el código civil.

Como se ha podido apreciar en los expedientes analizados, el despacho judicial ha valorado los mismos criterios para condenar y para determinar la reparación civil, tales como la gravedad del delito, la intensidad del sufrimiento en el ánimo de la víctima, la sensibilidad de la persona ofendida, y las condiciones económicas y sociales del

imputado, compartiendo con el doctor alemán Roxin (2004) que a la letra dice:

Detrás de la aplicación de la concepción jurídico pública de la reparación civil subsisten las siguientes ideas: i) La reparación cumple finalidades preventivas, específicamente la llamada prevención integrativa; ii) la reparación está orientada a la satisfacción de intereses públicos más que particulares; iii) la reparación tiene que ver más con el autor y la vigencia de la norma que con el agraviado y el daño ocasionado; iv) la reparación tiene que ver más con la resocialización y prevención que con el pago de la obligación resarcitoria. (p. 42)

De lo citado, se desprende que la reparación civil dentro de un proceso penal está ligada con una concepción jurídica pública, en otras palabras, la reparación civil que se sigue en un proceso penal está conexas a una pretensión pública punitiva (la pena).

De los expedientes examinados se ha podido apreciar la preocupación que tienen los despachos judiciales en resolver de manera adecuada, con una mayor motivación a efectos de justificar la sanción penal; sin embargo se olvidan de la víctima y su pretensión resarcitoria, toda vez que no logran justificar el monto que se fijó como reparación civil, más solo se basan en los criterios punitivos sin utilizar presupuestos fijados por el código civil, tal como lo advierte el profesor Villegas Paiva (2013) establece « (...), también es cierto que los derechos de la víctima estaban en igual o peor condición, por cuanto la preocupación estaba centrada en resolver de la mejor manera posible las garantías de los derechos del imputado, siendo muy pocas las voces que se interesaban en la situación de la víctima. (p. 68)

Un ejemplo claro, se ha podido apreciar que cuanto más reprochabilidad penal tenga el imputado, mayor viene a ser la pena

privativa de libertad, así como también aumenta considerablemente el monto de la reparación civil, llegando a pensar, que genera un impacto al juzgador los hechos perpetrados en el delito, considerando los mismos criterios que condeno al imputado para fijar la reparación civil.

Por otro lado, el monto de la reparación civil puede ser directamente proporcional a la pena impuesta; sin embargo, el juzgador aún se preocupa la condición económica del sentenciado, pues al purgar una pena privativa, baja los ingresos económicos del sentenciado. Por esa consideración, el juzgador fija el modo de pago de la reparación civil, otorgando plazos aparentemente razonables a favor del sentenciado para que este pueda cumplir con el mandato judicial.

A todas luces, el despacho judicial llega a preocuparse más en los derechos del sentenciado que de la propia víctima. Pues, en la sentencia fijan plazos en años para que el sentenciado lograra cumplir con pagar la reparación civil. Este acto procesal, estropea al actor civil o al representante del ministerio público, según sea el caso, en realizar medidas de coerción real hasta el plazo otorgado, esperando el plazo que data en años, siendo la única perjudicada en la dilación procesal, la víctima.

Por otro lado, se ha visto que a la reparación civil se le trata como una sanción penal más, pues a dicha reparación lo trata como una sanción accesoria; en otras palabras, la reparación civil cumple una función de prevención integrativa con efecto que los integrantes de la población mantiene el conocimiento de no solo ser sancionado penalmente, sino también económicamente, generando temor social, de esa forma logra persuadir a no cometer delitos de esta naturaleza, orientándose a un interés público más que la propia víctima.

En esa línea de ideas, estamos de acuerdo lo que manifiesta el maestro Zaffaroni (2006) al señalar: «(...) el sistema sería el único bien jurídico realmente protegido; desarrollado coherentemente, este pensamiento debiera concluir que el delito no sería un conflicto que lesiona derechos, sino cualquier conducta que lesione la confianza en el sistema, (...)» (p. 44). Con esta premisa se desprende que el Derecho Penal no protege los bienes jurídicos de la víctima del delito, sino cualquier conducta que lesione la confianza del sistema instrumentalizando a la víctima de su propio dolor, soportando el resultado lesivo y que el sistema jurídico penal no solucione la pretensión de la reparación y restitución del bien jurídico de la víctima, advirtiéndose el total desamparo hacia este último.

Pese estar vigente el código procesal penal que aparentemente tenía mayor protección hacia la víctima; sin embargo, esto no garantiza un manejo adecuado de la norma procesal por parte de los operadores jurídicos, pues estos, aún arrastran la vil costumbre del código de procedimientos penales con una concepción jurídico penal que conlleva para establecer la reparación civil. Esto trae como consecuencia la orfandad jurídica hacia la víctima en relación a la determinación de la cuantía de la reparación civil.

En otras palabras, los operadores jurídicos en un proceso penal sólo se preocupan en resolver de la mejor manera posible el problema de la imputación penal, tratando de aplicar de forma correcta los presupuestos que impone la teoría del delito a fin de llegar a una sanción penal sin quebrantar los derechos del imputado. En cuanto a los derechos de la víctima – la reparación civil - los operadores jurídicos primero determinan los hechos acaecidos que consumaron el delito y con esa imagen fijan la reparación civil, es decir con criterios punitivos y ajenos a lo que establece el código civil.

Otro aspecto que contribuye a nuestro factor planteado, se ha observado que en todas las sentencias analizadas se ha advertido también la extremada preocupación del sentenciado, toda vez que en la parte resolutive ordena al sentenciado asistir a una terapia psicológica a fin de tratar su comportamiento sexual; olvidándose una vez más de la víctima, pues esta tiene igual o mayor daño psicológico por la experiencia de la agresión sexual que tuvo que pasar; sin embargo no invita a la agraviada en someterse a ningún tratamiento psicológico.

Por otro lado, se ha podido apreciar que en las pocas motivaciones que realizaron sobre la reparación civil, se ha observado que los juzgados penales confunden el bien jurídico penal con el bien jurídico de naturaleza civil, pues la indemnidad sexual que viene a ser un bien jurídico protegido por la norma penal, el despacho judicial establece de manera errónea que este bien se ha dañado, considerando que se trata de un daño extrapatrimonial. Probándose una vez más que los jueces penales al emitir la sentencia condenatoria criterios de una concepción jurídica pública para determinar la reparación civil.

Debemos considerar la concepción en la actualidad de los operadores jurídicos, en aplicar la reparación civil bajo los criterios punitivos, siendo esto un error, pues cabe advertir que dentro del proceso penal existe dos pretensiones, una de naturaleza pública y el otro de naturaleza privada, ambas pretensiones son autónomas entre una y otra, cada uno busca proteger los bienes jurídicos tutelados, uno con interés público y el otro con interés privado, como bien sostiene Gálvez Villegas (2012):

Hay que tener en cuenta que, al cometerse un delito, en la mayoría de los casos – salvo en los delitos de peligro abstracto -, se afectan simultáneamente dos bienes o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico (dos bienes jurídicos) uno constituido por el

interés público de la sociedad (y del Estado en su representación) y otro constituido por el interés privado o particular del titular específico del bien jurídico. (p. 133)

La acción penal, protege el bien jurídico de carácter público, mientras que la pretensión civil protege el bien jurídico de interés privado, advirtiéndose que ambas disciplinas salvaguardan dos bienes distintos, cada uno con sus propios criterios sujetos al derecho sustantivo, tanto como el derecho penal y el derecho civil, respectivamente.

A la víctima lo interesa la reparación civil, que el responsable asuma los gastos acaecidos por la conducta dañosa del sujeto activo del delito, tratar de reparar las lesiones del bien jurídico civil, que por lo general vienen a ser de carácter patrimonial y extrapatrimonial de un particular que podrá accionar mediante el derecho privado. Mientras el interés público es accionado por el representante del Estado que al quebrantarse provoca una sanción como la punitiva.

En esa línea de ideas, se debe diferenciar entre los intereses públicos y los intereses particulares para determinar los bienes jurídicos respectivos y de esa forma pretender la acción penal y la acción civil, este último persigue la reparación civil, tal como lo establece Gálvez Villegas (2001) «(...) existen bienes jurídicos vinculados a un interés particular y otros que tienen que ver con los intereses públicos (...)»(p, 43)

De lo señalado, no se puede considerar un bien jurídico protegido por las normas penales como es la indemnidad sexual que ha sido lesionado infiriendo que viene a ser un daño extrapatrimonial, pues como se dijo líneas arriba, el bien jurídico civil es de naturaleza patrimonial y extrapatrimonial, en este último se observa el daño a la persona, ya sea física o psicológica; este bien jurídico debe ser protegido por las normas civiles.

En otras palabras, la lesión de la indemnidad sexual viene a ser un bien jurídico protegido por las normas penales, mientras el daño extrapatrimonial, tales como el daño moral, daño físico y psicológico, entre otros, son bienes jurídicos de naturaleza civil; sirviendo de base para motivar y determinar la cuantía de la reparación civil. Resulta un error, justificar la lesión de la indemnidad sexual para establecer la reparación civil, siendo dos bienes jurídicos de naturaleza distinta.

Cabe recordar que en el proceso penal existen dos pretensiones distintas, una es determinar la responsabilidad penal y la otra reparar el daño, este último tiene naturaleza civil sujeta a las reglas propias de la acción civil, toda vez que «mientras la pena se impone con la finalidad de mantener el bien jurídico frente a vulneraciones culpables, la reparación civil derivada del delito se centra en la función de reparar el daño producido a la víctima por la acción delictiva» Villegas Paiva (2013); siendo evidente la naturaleza civil que tiene la reparación.

Así mismo, la acción civil no nace del delito sino del daño causado por la conducta ilícita, pues al existir un delito sin daño particular de por medio, resulta imposible plantear una indemnización, toda vez que no hay daño, cuyo presupuesto propio de la acción civil se requiere para pretender la reparación, de esa forma probamos la naturaleza privada de la reparación civil.

En ese sentido, se aprecia la autonomía de la acción civil y penal, ambos analizan un mismo hecho con diferentes perspectivas, utilizando cada uno los presupuestos de acuerdo a la finalidad que persiguen, como la imputación penal y la reparación del daño, respectivamente, tal como lo advierte el profesor Villegas Paiva (2013):

(...) cada una tiene su propia estructura: la responsabilidad penal requiere, en una teoría analítica del delito, de un hecho típico,

antijurídico y culpable, mientras que la responsabilidad civil de la existencia de un daño antijurídico, una relación de causalidad entre el daño y la conducta realizada por el autor del mismo, así como de un factor de atribución por el cual se pueda hacer responsable al causante del daño. (p. 182)

Creo que llegar a comprender que ambas acciones, tanto la acción penal y la acción civil son autónomas, cada uno con sus respectivos mecanismos para llegar a cumplir sus funciones, viene a ser la clave, para que los operadores jurídicos apliquen de forma correcta la norma procesal penal, sin llegar a perjudicar a la víctima en su afán de perseguir una adecuada reparación civil.

Otro aspecto que se ha podido apreciar, viene a ser en el acto procesal de la terminación anticipada, pues el acuerdo entre el representante del ministerio público y el imputado, para fijar la sanción penal y la reparación civil. En estos acuerdos, el actor civil pese que está constituido en el proceso penal participa en el acuerdo de terminación anticipada solo en el extremo de la reparación civil, sin embargo la opinión solo será valorado, teniendo la única potestad, el representante del ministerio público en determinar la cuantía de la reparación civil; otra vez, la víctima se ve desamparada.

Con estos aspectos que se determinó, se puede concluir que los operadores jurídicos, especialmente los juzgadores, tienen aún un criterio arraigado del código de procedimientos penales, pese que el nuevo código penal ofrece diversos mecanismos para poder garantizar la cuantía de la reparación civil de forma objetiva y el pago de la misma; sin embargo aún se siente y se pone en práctica donde la acción civil es una pena accesoria, una sanción más. Así como también, se ha advertido que se ha motivado la reparación civil con criterios meramente penales, valoraciones ajenas que el código civil establece.

Por último, se ha observado la tremenda preocupación del sentenciado, tanto en la determinación de la responsabilidad penal como de la responsabilidad civil, olvidándose sus derechos de la víctima. En consecuencia, a todos los aspectos advertidos se puede decir que los jueces penales al emitir una condena resuelven con criterios de una concepción jurídica pública que evidentemente esto no salvaguarda de manera eficaz los derechos de la víctima, quebrantando su derecho a la tutela judicial efectiva.

4.2.2. Los Jueces Penales no utilizan los Presupuestos Fijados por el Código Civil para Determinar la Reparación Civil Prevista en el Nuevo Código Procesal Penal en favor de las Menores de Edad Víctimas de Violación Sexual.

Motivar sobre los presupuestos de la reparación civil en la resolución judicial final, es dar a comprender los motivos que ha tenido la autoridad judicial para fallar de determinada manera, es decir, una sentencia judicial debidamente motivada, será cuando exista por parte del órgano jurisdiccional pronunciamiento expreso sobre los extremos de la reparación civil y sus presupuestos que este conlleva, pues se aplica las normas sustantivas pertinentes a la pretensión del actor civil que viene a ser el resarcimiento a la víctima.

Como un modo de asegurar un adecuado control sobre la función decisoria y de evitar posibles arbitrariedades, por esas razones, se les imponen a los jueces la obligación de motivar, que expresa un análisis crítico y valorativo, llevado a cabo por el juzgador expresado conforme a las reglas de la logicidad; que comprende tanto como normativo y el hecho, donde el juzgador se apoya su decisión. En ese sentido, compartimos con Felices Mendoza (2011) manifiesta que: «La motivación de la decisión, es la contrapartida a la libertad decisoria que la ley ha concedido al juzgador para, por un lado, aplicar e interpretar las normas y, de otra parte, para elegir entre dos o más opciones jurídicamente legítimas aplicables al caso.» (p. 302.). En esa

línea de ideas, el juzgador utilizará la motivación como una herramienta para justificar de forma racional y razonable la decisión optada, como bien lo explica el Profesor Colomer Hernández (2003):

La motivación es la expresión de las razones y de las elecciones instrumentales realizadas por el juez para justificar la decisión final de la causa. Por tanto, en esencia la actividad jurisdiccional se apoya en la existencia de un ámbito de libertad concedido al juez por la ley para decidir, y correlativamente en la obligación del juzgador de fallar y resolver el conflicto. De ahí que se pueda exigir que el juzgador justifique la racionalidad y razonabilidad de su decisión. (p. 34)

De lo citado, se aprecia la importancia de motivar conforme a los hechos de relevancia jurídica y las normas aplicables de acuerdo a la acción, en consecuencia el juzgador penal no solo debe motivar de forma aparente, sin hacer un análisis exhaustivo sobre los criterios y los elementos para determinar la responsabilidad civil, más sólo se limita en motivar solo para cumplir con las formalidades, como dice Dávalos Gil (2014) sobre la motivación aparente que surge: «cuando nos encontramos frente a una “fachada” o “casarón” colocado para cumplir con la formalidad y pretender sostener que la decisión tiene motivación; sin embargo, de la lectura y análisis de la misma se puede advertir, en ningún caso, constituye la razón de lo resuelto.» (p. 83)

En otras palabras, la motivación aparente se puede identificar cuando se observa que el juzgador no fundamenta con respecto a la controversia central, limitándose en justificar basándose en algunos aspectos no trascendentes para optar una decisión, como se ha podido apreciar en los expedientes analizados, pues los juzgadores motivan sin los elementos ni los presupuestos para determinar la reparación civil, fijando el monto y la forma de pago, preocupándose la situación económica que presenta el sentenciado una vez que purga condena

privativa de libertad; compartiendo la afirmación de Figueroa Gutarra (2014)

La inexistencia de motivación supone fundamentalmente que no haya explicación sustancial alguna por parte del juzgador respecto a la controversia. La motivación aparente, por su lado, no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o no se responde a los fundamentos sostenidos por las partes, o de ser el caso, se pretende cumplir formalmente con el mandato de motivación, alegando frases que no ostentan solidez fáctica ni jurídica. (p. 80)

De la premisa citada podemos apreciar conforme se ha analizado los expedientes judiciales de la Corte Superior de Justicia de Junín, que los juzgadores penales hacen una inexistente o aparente motivación, toda vez que, cuando se trata de sustentar la reparación civil, la decisión final se ampara sus fundamentos que no tiene nada que ver con los criterios y presupuestos establecidos por la norma civil, quebrantando la tutela judicial efectiva, pues no garantiza una debida motivación.

El cumplimiento de la debida motivación no se trata de un mero capricho de nuestra investigación; es más que eso, se trata de cumplir con lo establecido en el artículo 139° inciso 5° de la Constitución del Estado (2016) establece: «Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 5) La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.» (p. 906), de la norma citada se desprende que las sentencias y los autos judiciales deben ser motivadas las decisiones que ha arribado el juzgador a efectos de observar los fundamentos facticos y jurídicos que han conllevado a una decisión judicial favorable o no, como un modo de efectuar un control; en ese sentido, es de vital importancia que las

resoluciones finales en los procesos penales sobre violación sexual a menores de edad se deba arribar a una debida motivación conforme a la norma civil a efectos que el monto de la reparación se halle de manera objetiva, de lo contrario se estaría vulnerando la tutela judicial efectiva de la víctima; como bien dice Neyra Flores (2010): «Como otra manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, se encuentra también el derecho a obtener una resolución, ello no implica que tal resolución sea estimatoria de las pretensiones deducidas, sino simplemente que sea una resolución jurisdiccional de fondo, fundada en derecho, cualquiera sea su sentido, favorable o adverso.» (p. 127)

Esta vieja costumbre de efectuar una motivación aparente para establecer la reparación civil a favor de la víctima se arrastra desde que se pone en práctica el código de procedimientos penales, siendo inaceptable que a la vigencia del nuevo código penal se sigue poniendo en práctica, bajo el desconocimiento de realizar una motivación correcta con los alcances del código civil y los presupuestos que dictamina. Solo de esa forma será inevitable probar los daños sufridos y los gastos que esto amerita para la rehabilitación de la víctima para establecer la cantidad de la reparación civil, de lo contrario se continuará indemnizando en cantidades irrisorias, estando de acuerdo con Campoverde Sánchez en su Tesis “La Reparación Integral a la Víctima del Delito de Violación en la Legislación Penal Ecuatoriana” elaborada en la Universidad Central de Ecuador del año 2015, para obtener el título de abogado, llegando a concluir que:

En los procesos judiciales existe una absoluta falta de información acerca de los daños que sufren las víctimas, por una parte, la Fiscalía y la víctima no hacen ninguna alegación al respecto, y menos aún tratan de probar los daños sufridos; en tanto que el juzgador no cuestiona dicha actitud, manteniendo un sigilo al respecto, lo cual le

obliga posteriormente a señalar cantidades indemnizatorias irrisorias y sin motivación alguna. (p. 138)

En efecto, los juzgadores penales desconocen los daños que pueda acarrear la víctima de agresión sexual, en consecuencia, no hace un análisis exhaustivo a fin de determinar el monto de la reparación civil, se conforma en efectuar una motivación aparente a efectos de cumplir con las formalidades de la sentencia que pone fin al proceso; sin embargo, es más que eso, es analizar los presupuestos fijados por la norma civil, conforme el artículo 1985° del código civil que establece:

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. (p. 419)

De la norma citada, establece que toda acción u omisión que produce el daño, el perjudicado tiene derecho a una indemnización que comprende el lucro cesante, el daño a la persona, el daño moral; debiendo tener una relación de causalidad entre el hecho y el daño; asimismo, la doctrina establece otros presupuestos, tales como la antijuricidad y los factores de atribución. Con estos aspectos se podrá lograr una adecuada indemnización, por eso, la exigencia de que el juzgador logre motivar con estos elementos que exige la norma civil.

Por lo contrario, los jugadores penales omiten fundar su decisión con los presupuestos que establece la norma civil para fijar una reparación civil, utilizando otros criterios ajenos, tales como la gravedad del delito, la diferencia de edades entre el imputado y la agraviada, el grado de parentesco, la forma de pago por bajo ingreso económico del sentenciado en la penitenciaria, entre otros.

Como se ha podido advertir en los expedientes analizados los despachos judiciales hacen una aparente motivación, sin utilizar los presupuestos establecidos en el artículo 1985° del código civil para determinar la reparación civil, más por el contrario, fundan su decisión en base a criterios ajenos que no están amparados por la norma, de esa manera se ve afectada la tutela judicial efectiva de la víctima, toda vez que, las sumas son irrisorias que no guarda relación con el daño causado.

Asimismo, entre todos los daños causados hacia la víctima de violación sexual, acarrea el daño moral, que debe ser indemnizado de acuerdo a la magnitud del daño causado, tanto como a la víctima y la familia, tal como el artículo 1984° del código civil establece de la siguiente forma: «El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.» (p. 418). En efectos, no sólo la víctima puede ser indemnizada, sino también los familiares que de alguna forma resulta perjudicada con el evento delictivo.

En ese sentido, resulta necesario que el juzgador se limita en aplicar la norma civil a efectos de aplicar los presupuestos para determinar la reparación civil producto de un acto ilícito, toda vez que en el proceso penal existe una pretensión privada y autónoma a la sanción penal, en consecuencia, como toda acción civil se debe aplicar las normas civiles para llegar a una indemnización razonable, considerando el alcance del daño a efectos de ser resarcido.

Es evidente la motivación aparente que realiza los despachos judiciales, sólo para tratar de cumplir con las formalidades que la ley exige, sin mencionar los elementos que debe existir en toda reparación civil en aplicación conjunta con la norma civil. Tal parece que están abocados sólo a la buena argumentación jurídica en cuanto

se trata de sancionar al imputado, quedando en orfandad la parte agraviada, sometiéndose a la arbitrariedad de los despachos judiciales al momento de emitir la sentencia, pues no funda su decisión mediante estos presupuestos que el código civil exige.

4.2.3. Los Jueces Penales no logran Comprender el Alcance de los Daños y los Gastos Económicos que genera para una adecuada Rehabilitación de los Menores de Edad Víctimas de Violación Sexual.

Para comprender el impacto del daño causado hacia la víctima menor de edad es necesario hacer un amplio estudio sobre todos los daños que podría acarrear este tipo de delitos y de esa manera no podemos presumir que se trata de un insignificante daño que acarrea la violación sexual, pues se trata más que una trivialidad, porque el daño perdura a largo plazo y si esto no es tratado se extiende hasta que perdure la vida de la víctima, lo lleva consigo por el resto de su vida. Por eso, nuestra preocupación, que la agraviada tenga los medios suficientes para que esta sea tratada a tiempo, porque de eso trata de impartir justicia y los toca a los operadores jurídicos en base a los estudios realizados sobre las secuelas que acarrea la violación sexual. Comparto con los psicólogos Enrique Echeburua, Paz de Corral y Belén Sarasua, en su artículo titulado “El impacto psicológico en las víctimas de violación” realizado en el departamento de personalidad, evaluación y tratamiento psicológico de la Universidad de Vasco que establece lo siguiente:

Sólo recientemente se han comenzado a estudiar de forma sistemática el impacto psicológico de la agresión sexual y las secuelas de la misma en las víctimas de violación. La postergación de este fenómeno como objeto de estudio riguroso ha respondido, en una sociedad regida por hombres, a ciertas creencias culturales, tales como la trivialización de la experiencia de ser violada (cuando la realidad es que una violación es mucho más que una relación sexual

no deseada) y la puesta en duda de si se ha tratado de una verdadera violación. (p. 55)

En efecto, no podemos tratar con simpleza el daño que atraviesa la víctima de violación sexual, a tal grado que al principio hay una fase de shock, tal impacto puede llegar a una despersonalización de la agraviada, esto ocurre, porque la víctima trata de protegerse creando una tercera persona, teniendo que lidiar con la bipolarización de la personalización. También, puede que no recuerde nada de los hechos delictivos de agresión sexual acaecidos, que esté desorientada y muy asustada.

Los agresores sexuales, usualmente son mayores de edad que tienen problemas con la insatisfacción sexual, en consecuencia, buscan satisfacer su apetito sexual con una menor de edad, regularmente viene a ser el más cercano, pues son más manipulables y no ofrecen resistencia física. El agresor puede confundir con un tipo de asentimiento por parte de la menor a efectos de consumir el acto sexual, nada más perturbador que ronda por la mente criminal, como bien lo explican los psicólogos Enrique Echeburua, Paz de Corral y Belén Sarasua (2006), en su artículo titulado "Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia" que establece lo siguiente:

Los abusadores sexuales, que frecuentemente muestran un problema de insatisfacción sexual, se ven tentados a buscar esporádicas satisfacciones sexuales en los menores que tienen más a mano y que menos se pueden resistir. (...) " mi niña está entera ", " la falta de resistencia supone un deseo del contacto ", " en realidad, es una forma de cariño ", etc. (p. 76)

En efecto, los agresores sexuales buscan a una víctima que fácilmente se pueda someter a un tipo de miedo, con amenazas o aún más sutil, ofrecer un obsequio a favor de la agraviada con la finalidad

que guarde el secreto de la agresión sexual suscitada, siendo más manipulable los menores de edad.

Por parte de la víctima, mantiene en reserva la agresión sexual por miedo a destrozar a la familia, en ocasionar una ruptura entre la madre y el padre o el padrastro, según sea el caso; como también, el temor de afrontar represalias por parte del abusador. Existiendo, una serie de motivos por la que el menor de edad calla ante un evento como es la violación sexual, como bien lo explica los psicólogos Enrique Echeburua, Paz de Corral y Belén Sarasua (2006), en su artículo titulado “Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia” que establece lo siguiente:

Las conductas incestuosas tienden a mantenerse en secreto. Existen diferentes factores que pueden explicar los motivos de esta ocultación: por parte de la víctima, el hecho de obtener ciertas ventajas adicionales, como regalos, o el temor a no ser creída, junto con el miedo a destrozar la familia o a las represalias del agresor; y por parte del abusador, la posible ruptura de la pareja y de la familia y el rechazo social acompañado de posibles sanciones legales. (p. 77)

Este tipo de temores también pueden acompañar a la madre de la menor de edad, que ayuda al silencio por motivo que no quiere desestructurar la familia, el estigma social negativo que este hecho ocasionaría o el temor de no poder afrontar por si sola a su familia. Por esas razones, que la denuncia llega por forma accidental, tales como la menor cuenta lo ocurrido a un profesor, vecino o amigo; pudiendo mantenerse en reserva en meses, hasta años de los primeros incidentes.

Mantener en secreto la agresión sexual ocasiona demasiado estrés en la víctima, pues vivir una experiencia de violación sexual se torna

en una situación incapaz de superar por sí sola, poniendo en peligro su integridad física y psicológica, debiendo de recurrir a la ayuda de especialista, tales como médicos, psicólogos y en ocasiones hasta psiquiatras, como bien señala Jorge González Fernández y Encar Pardo Fernández (2007), psiquiatra y psicólogo respectivamente, señala en su artículo titulado: “El daño psíquico en las víctimas de agresión sexual” publicado en el VIII Congreso Virtual de Psiquiatría que señalan lo siguiente:

Un delito violento es un suceso negativo vivido de forma brusca, que genera terror e indefensión y pone en peligro la integridad física o psicológica de la persona, dejando a la víctima en tal situación emocional que es incapaz de afrontarla con sus recursos psicológicos habituales. (p. 2)

Un delito tan monstruoso como la violación sexual contra un menor de edad, no solo afecta a la menor, sino a todo el núcleo familiar, siendo necesario una terapia familiar, cuyo indicador deberá ser evaluado por los jueces penales al momento de dirimir su fallo con respecto a la reparación civil. Por otro lado, la sociedad etiqueta a la agraviada como una persona violada, generando una especie de apartado social, situación que se torna difícil para un mejoramiento rápido.

No cabe duda de que este comportamiento delictivo causa un grave daño a la víctima menor de edad, no sólo es perjudicial a la víctima de manera directa, sino también a la familia y amigos, y en lo posterior, con el cónyuge de la víctima quien acarrea aún secuelas que dificulta la relación conyugal. Esto, para que se den una idea que el daño es muy grave y perdura en el tiempo si esto no es tratado de manera correcta, compartiendo con Enrique Echeburua, Paz de Corral y Belén Sarasua, en su artículo titulado “El impacto psicológico en las víctimas de violación” realizado en el departamento de

personalidad, evaluación y tratamiento psicológico de la Universidad de Vasco que establece lo siguiente:

La violación representa una amenaza a la integridad física y psicológica de la mujer, pero también supone un impacto negativo para las víctimas indirectas de la agresión (cónyuge, familia y amigos) e influye de una manera impredecible en la estabilidad de la pareja (...). (p. 56)

En esa línea de ideas, el daño que presenta la víctima de violación sexual son en lo particular lesiones psicológicas, que pueden llegar hasta el suicidio, autolesionarse o conductas delictivas, toda vez que la circunstancia de haber experimentado una agresión sexual, su vida en común se llega a alterar, en otras palabras existe un cambio brusco en su estilo de vida, tales como la separación de los padres, posibles crezcas entre el entorno familiar, posibles bullying en las amistades, cambio de escuela, mudarse en otra vivienda, denuncias, interrogatorio policial, entrevista con psicólogos, estar en el juicio, entre otros cambios, generan un grado de estrés, como bien lo indica el profesor Ruch, Chandler y Harter (1980), en su artículo titulado: "Life Change and Rape Impact" – traducido en español es: "Cambio de vida e impacto en la violación", donde indica lo siguiente:

Las variaciones bruscas y frecuentes en el estilo de vida llevan consigo una sobrecarga de estrés y tienden a aumentar la vulnerabilidad de la persona. La conclusión es que las mujeres con una sobrecarga menor de estrés tienen más recursos de enfrentamiento ante la violación, por lo que la recuperación psicológica puede ser más rápida. (p. 248)

Asimismo, los juzgadores deben examinar en los casos que presentan las víctimas con mayor gravedad de daños psicológicos, son aquellos que fueron agredidos sexualmente por personas dentro

de su entorno familiar, personas conocidas o personas que existe un grado de afecto; en estos casos, la víctima puede padecer una lesión psicológica más grave a diferencia de las víctimas que fueron sometidos por agresores sexuales desconocidos, como bien lo ha mencionado el profesor Dowdeswell, J. (1986), en su artículo titulado: “La violación: Hablan las mujeres” que indica:

Otra variable de interés es el grado de conocimiento previo entre la víctima y el agresor. Las víctimas relacionadas con anterioridad con el agresor pueden experimentar secuelas psicológicas más graves que aquellas cuyo atacante ha sido un extraño, quizá por los sentimientos de culpabilidad, vergüenza y asco asociados a esa situación. (p. 263)

Estos son algunos indicadores que el juzgador penal deberá examinar al momento de determinar la gravedad del daño de la víctima de violación sexual, tales como el daño indirecto que género en el entorno intrafamiliar, el cambio brusco del estilo de vida de la víctima, y el grado de parentesco del agresor sexual en relación a la víctima. Estos son uno de los tantos indicadores valorativos que deberá sacar a relucir el abogado del actor civil, el representante del ministerio público y sobre todo el juzgador penal.

Por su parte, los psicólogos Echeburúa y Corral (2006) en su publicación titulado: “Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia” indica que no importa que el abusador tenga un grado parentesco con la víctima, sino el nivel de intimidad emocional existente, siendo esto aún más grave, pues el impacto psicológico de la agraviada puede ser más severa cuanto mayor grado de intimidad hayan realizado.

Respecto a la relación de la víctima con el agresor, lo que importa no es tanto el grado de parentesco entre ambos, sino el nivel de intimidad

emocional existente. De esta forma, a mayor grado de intimidad, mayor será el impacto psicológico, que se puede agravar si la víctima no recibe apoyo de la familia o se ve obligada a abandonar el hogar. (p. 80)

Asimismo, agrega los psicólogos Echeburúa y Corral (2006) que, también se debe llegar a valorar la edad del agresor, pues cuanto más es la diferencia de edad entre el agresor y la víctima, más es el impacto psicológico que afronta la agraviada, como muy bien lo explica los psicólogos de la siguiente forma: «Por otro lado, en lo que se refiere a la edad del agresor, los abusos sexuales cometidos por adolescentes resultan, en general, menos traumatizantes para las víctimas que los efectuados por adultos.» (p. 80)

Otro indicador para ser valorado por el juzgador es determinar si la menor de edad tuvo una experiencia sexual anterior a la violación sexual, pues no es una situación descabellada que en nuestra sociedad algunos menores de trece, catorce, quince y dieciséis años de edad ya tuvieron intimidad sexual. En ese contexto, Frank, E., Turner, S.M. y Sterward, B.D. (1980) en su artículo titulado: “The Impact of Factors within the Rape Situation” –traducido en español es: “El impacto de los factores en la situación de violación” señala:

Se ha señalado que las víctimas agredidas sexualmente por primera vez tienen menos dificultades de readaptación emocional que las que han tenido alguna experiencia previa. (p. 39)

En fin, existe una serie de indicadores psicológicos que presenta la víctima, donde el juzgador penal debe de evaluar para examinar la reparación civil de una forma objetiva, examinando los problemas emocionales que padecen la agraviada, problemas cognitivos, problemas de relación social, problemas funcionales, así como problemas conductuales. Estos indicadores no lo efectúan los peritos

psicológicos en un proceso penal, siendo totalmente relevantes para que el juzgador pueda apreciar el alcance del daño sufrido por la conducta delictiva. Resulta claro, que los operadores jurídicos se apoyan de los profesionales que conocen a profundidad este tipo de problemáticas, lo que ayudará positivamente a fin de establecer el grado de impacto lesivo que ha recibido la agraviada.

En esa línea de ideas, se tratará de explicar las consecuencias psicológicas de corto plazo a largo plazo los psicólogos Echeburúa y Corral (2006) en su publicación titulada *Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia*.

Las consecuencias de la victimización a corto plazo son, en general, devastadoras para el funcionamiento psicológico de la víctima, sobre todo cuando el agresor es un miembro de la misma familia y cuando se ha producido una violación. Las consecuencias a largo plazo son más inciertas, si bien hay una cierta correlación entre el abuso sexual sufrido en la infancia y la aparición de alteraciones emocionales o de comportamientos sexuales inadaptados en la vida adulta. (p. 81)

En sentido, para comprender los alcances que puede llegar el daño psicológico de la violación sexual contra un menor de edad, es necesario imaginar en una línea de tiempo diseccionado por ciertos periodos, cada uno de estos periodos se tienen síntomas que padecen las víctimas; sin embargo hay que hacer hincapié que estas conductas no son exclusivas para las agraviadas de abuso sexual, sino también puede ser producto de otros motivos diferentes a la experiencia de violación sexual, tales como ser víctima de maltrato físico o testigo de violencia familiar, entre otros.

Por eso la importancia que los operadores jurídicos se apoyen de los especialistas para tener una idea del impacto lesivo causado hacia la víctima, no sólo se trata de observar el acta de la pericia realizada,

sino de hacer una entrevista al perito en un juicio a fin de determinar la reparación civil de forma correcta.

Hay que tomar en consideración que, no todas las personas reaccionan de la misma manera frente a la experiencia de victimización, ni todas las experiencias comparten las mismas características, como bien lo señala Enrique Echeburua, Paz de Corral y Belén Sarasua (2006) en la página 80 de su artículo “Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia”; asimismo, los operadores jurídicos deberán considerar al momento de determinar la reparación civil el impacto emocional de la víctima, esto está modulado por cuatro variables, el primero se trata del perfil individual de la víctima, esto viene a ser la estabilidad psicológica, la edad, sexo y el contexto familiar; mientras el segundo se debe de examinar las características del abusador sexual, como la frecuencia que abuso de la víctima, la severidad que utilizó para el sometimiento de la agraviada, la existencia de violencia o de amenaza, entre otros; tercero, precisar la relación que tiene el abusador sexual con la víctima, siendo más grave el impacto psicológico la existencia de una relación afectiva y por último, las consecuencias asociadas al descubrimiento del abuso, tales como, el embarazo de la agraviada producto de la agresión sexual, truncar la etapa escolar, cambio de institución educativa, mudanza de domicilio, entre otros cambios bruscos.

Dicho esto, pasamos a describir los síntomas que atraviesa las víctimas de violación sexual, que puede perdurar durante el tiempo y agravarse aún más si no recibe un correcto tratamiento.

Síntomas a corto plazo, en este periodo se presenta el síndrome de la violación ha sido descrito por primera vez por el profesor Burgess y Holmstrom en 1974 en su libro titulado “Rape Trauma Syndrome” en español se traduce en: “Síndrome de la Violación”. En este síntoma

se presenta trastornos depresivos y bipolares, problemas de ansiedad, trastornos por estrés postraumático; el trastorno límite de la personalidad; así como las conductas autodestructivas, como bien lo explica los psicólogos Yahira Rodríguez López, Bertha Arenia Aguiar Gigato y Iraida García Alvares (2009) en su artículo titulado: “Consecuencias Psicológicas del Abuso Sexual Infantil”, investigación efectuada en la Universidad de Barcelona, señala lo siguiente:

Dentro de este apartado destacan, por su presencia en gran parte de las víctimas de abuso sexual infantil, los trastornos depresivos y bipolares; los síntomas y trastornos de ansiedad, destacando por su elevada frecuencia el trastorno por estrés postraumático; el trastorno límite de la personalidad; así como las conductas autodestructivas (negligencia en las obligaciones, conductas de riesgo, ausencia de autoprotección, entre otras); las conductas autolesivas; las ideas suicidas e intentos de suicidio; y la baja autoestima. (p. 61)

Para llegar a una mayor comprensión en relación al tiempo el síntoma se divide en tres fases que paso a detallar:

Fase aguda, se da particularmente después de la violación y puede durar unos días a unas semanas, los Psicólogos Enrique Echeburua, Paz de Corral y Belén Sarasua (2006), en su artículo titulado “Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia” explica esta segunda fase de la siguiente forma:

Se caracteriza por la desorganización en el estilo de vida de la víctima y por la presencia de un grado de miedo y de ansiedad muy alto, así como por la aparición de conductas incoherentes y de pensamientos de incredulidad y confusión acerca de lo ocurrido. Son también frecuentes en esta fase trastornos psicossomáticos, tales como fatiga generalizada, alteraciones del sueño y del apetito, problemas

gastrointestinales, reacciones de sobresalto al menor incidente (...).
(p. 59)

Como se aprecia que el daño psicológico a un menor de edad, víctima de violación sexual, es alarmante, toda vez que existe un grado de miedo que ocasiona reacciones de sobresalto al menor ruido, pues hay un gran aumento de la activación en el estado de alerta; presenta ansiedad demasiado elevado, con problemas del sueño, como pesadillas; como también recuerdos involuntarios, técnicamente llamados flashbacks; y rechazo a situaciones o lugares asociados a la agresión sexual, concurriendo a lugares aparentemente seguros para la víctima, puede surgir irritabilidad conductuales, falta de concentración, incluso problemas para dormir conocida como anestesia psíquica, y por último puede presentar la incapacidad para expresar sentimientos de intimidad y de ternura.

Estos eventos que experimenta la víctima en el corto plazo no pueden considerarse como irrelevantes para un juicio, puede ser el argumento base para motivar y llegar a una adecuada reparación civil en el proceso penal.

Los psicólogos Enrique Echeburua, Paz de Corral y Belén Sarasua (2006), en su artículo titulado "Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia" describe los síntomas del abuso sexual en relación a la etapa escolar que va ligado con la edad de la víctima y su grado de madurez emocional, obteniendo como resultado los posibles síntomas que puede padecer una menor de edad, llegando a un resultado más grave como el suicidio.

Respecto a la edad, los niños muy pequeños (en la etapa de preescolar), al contar con un repertorio limitado de recursos psicológicos, pueden mostrar estrategias de negación de lo ocurrido. En los niños un poco mayores (en la etapa escolar) son más

frecuentes los sentimientos de culpa y de vergüenza ante el suceso. El abuso sexual presenta una especial gravedad en la adolescencia porque el padre puede intentar el coito, existe un riesgo real de embarazo y la adolescente toma conciencia del alcance de la relación incestuosa. No son por ello infrecuentes en la víctima conductas como huidas de casa, consumo abusivo de alcohol y drogas, promiscuidad sexual e incluso intentos de suicidio. (p. 79)

Estos daños psicológicos descritos por los psicólogos Echeburúa y Corral no debe ser tomado como algo trivial dentro de un proceso, estos comportamientos que exterioriza la víctima deben ser examinado con mayor detenimiento y no convertirlo en una actividad fútil como hasta ahora se ha podido observar en los procesos penales que el interés real viene a ser en acabar el proceso lo más pronto posible, sin mediar los daños psicológicos de la víctima.

Fase de pseudoadaptación, aparece dentro de los dos o tres semanas después de agresión y no es otra cosa más que la apariencia de superación que la agraviada como un mecanismo de defensa oculta o reprime sus sentimientos, hasta poder llegar a un estado aún más grave, como bien lo indica los psicólogos Enrique Echeburua, Paz de Corral y Belén Sarasua, en su artículo titulado “El impacto psicológico en las víctimas de violación” realizado en el departamento de personalidad, evaluación y tratamiento psicológico de la Universidad de Vasco que establece lo siguiente:

La víctima restablece su estilo de vida habitual, pero oculta con frecuencia los sentimientos de ira y resentimiento y tiende a experimentar pesadillas, así como conductas evitativas (...). Pero estos comportamientos de evitación, en la medida en que reducen el repertorio habitual de conductas lúcidas, pueden llegar a agravar el estado de ánimo de la víctima. (p. 59)

Fase de integración y resolución, que se inicia con el desarrollo de una sensación interna de depresión y de la necesidad de desahogarse y hablar y que se puede prolongar por un periodo indefinido. Los sentimientos de humillación y de culpabilidad y los deseos de venganza, así como el temor a ser de nuevo víctima de la agresión sexual, pueden resultar especialmente persistentes. (p. 59), según lo explican psicólogos Enrique Echeburua, Paz de Corral y Belén Sarasua, en su artículo titulado “El impacto psicológico en las víctimas de violación” realizado en el departamento de personalidad, evaluación y tratamiento psicológico de la Universidad de Vasco.

Para tener un panorama aún más amplio sobre el impacto psicológico del menor de edad víctima de violación sexual, presento una tabla hecha por los psicólogos Echeburúa y Guerricaechebarria (1998) que describe en la Tabla III las principales consecuencias a corto plazo del abuso sexual en niños y adolescentes.

Tabla 4

Las principales consecuencias a corto plazo del abuso sexual en niños y adolescentes.

Tipos de efectos	Síntomas	Período evolutivo
Físicos	- Problemas de sueño (pesadillas)	Infancia y adolescencia
	- Cambios en los hábitos de comida	Infancia y adolescencia
	- Pérdida del control de esfínteres	Infancia y adolescencia
Conductuales	- Consumo de drogas o alcohol	Adolescencia
	- Huidas del hogar	Adolescencia
	- Conductas autolesivas o suicidas	Adolescencia
	- Hiperactividad	Infancia y adolescencia
	- Bajo rendimiento académico	Infancia y adolescencia
Emocionales	- Miedo generalizado	Infancia
	- Hostilidad y agresividad	Infancia y adolescencia
	- Culpa y vergüenza	Infancia y adolescencia
	- Depresión	Infancia y adolescencia
	- Ansiedad	Infancia y adolescencia
	- Baja autoestima y sentimientos de estigmatización	Infancia y adolescencia
- Rechazo del propio cuerpo	Infancia y adolescencia	

Tipos de efectos	Síntomas	Período evolutivo
Sexuales	- Desconfianza y rencor hacia los adultos	Infancia y adolescencia
	- Trastornos de estrés postraumático	Infancia y adolescencia
		Infancia y adolescencia
	- Conocimiento sexual precoz o inapropiado para su edad	Infancia y adolescencia
	- Masturbación compulsiva	Infancia y adolescencia
	- Excesiva curiosidad sexual	Infancia y adolescencia
	- Conductas exhibicionistas	Infancia y adolescencia
Sociales	- Problemas de identidad sexual	Infancia y adolescencia
	- Déficit en habilidades sociales	Infancia y adolescencia
	- Retraimiento social	Infancia y adolescencia
	- Conductas antisociales	Adolescencia

Fuentes: Echeburúa y Guerricaechevarría, 1998.

Síntomas a largo plazo, en este periodo, las víctimas experimentan problemas de ansiedad, el miedo y la indefensión; constante sentimiento de amenaza a su propia vida, el sentimiento de degradación y sobre todo una absoluta pérdida de control, evidenciando un menoscabo y desequilibrio de las emociones, produciendo un trastorno de estrés postraumático, como bien lo describe Mas, B. y Carrasco, M.A. (2005) indica lo siguiente:

Los problemas más habituales son las alteraciones en la esfera sexual -disfunciones sexuales y menor capacidad de disfrute, especialmente-, la depresión y el trastorno de estrés postraumático, así como un control inadecuado de la ira (en el caso de los varones, volcada al exterior en forma de violencia; en el de las mujeres, canalizada en forma de conductas autodestructivas). (p. 266)

La tarea y el reto que toca a los operadores jurídicos es examinar con detenimiento el grado del daño psicológico que atraviesa la víctima, de acuerdo a los hechos acaecidos para lograr consumir el acto sexual, todos estos indicadores descritos hasta el momento deben servir como base para valorar en el proceso penal a efectos de establecer un monto adecuado en la reparación civil.

Para entender con mayor amplitud, los psicólogos Echeburúa y Guerricaechebarria (1998) que describe en la Tabla IV describe las principales secuelas psicológicas en víctimas adultas de abuso sexual en la infancia, en su revista titulado Abuso sexual en la infancia en las pagina 563-601.

Tabla 5

Describe las principales secuelas psicológicas en víctimas adultas de abuso sexual en la infancia.

Tipos de secuelas	Síntomas
Físicas	<ul style="list-style-type: none"> - Dolores crónicos generales - Hipocondrías y trastornos de somatización - Alteraciones del sueño (pesadillas) - Problemas gastrointestinales - Desórdenes alimenticios, especialmente bulimia
Conductuales	<ul style="list-style-type: none"> - Intentos de suicidio - Consumo de drogas y/o alcohol - Trastornos disociativos de identidad (personalidad múltiple) - Depresión - Ansiedad - Baja autoestima
Emocionales	<ul style="list-style-type: none"> - Estrés postraumático - Trastorno de personalidad - Desconfianza y miedo de los hombres - Dificultad para expresar o recibir sentimientos de ternura y de intimidad
Sexuales	<ul style="list-style-type: none"> - Fobias o aversiones sexuales - Falta de satisfacción sexual - Alteraciones en la motivación sexual - Trastornos de la activación sexual y del orgasmo - Creencia de ser valorada por los demás únicamente por el sexo

Tipos de secuelas	Síntomas
Sociales	<ul style="list-style-type: none"> - Problemas en las relaciones interpersonales - Aislamiento - Dificultades en la educación de los hijos

Fuente: Echeburúa y Guerricaechebarria, 1998.

Como se ha mencionado antes, los indicadores y los síntomas, variarían de acuerdo a la personalidad de cada víctima y conforme ha los hechos suscitados; en consecuencia, solo queda a los operadores jurídicos en examinar cada caso concreto, a fin de valorar la gravedad y el impacto psicológico que marco por largo tiempo a la víctima, como bien trata de explicar los psicólogos Echeburúa y Corral en su artículo titulado: “Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia”.

En general, la gravedad de las secuelas está en función de la frecuencia y duración de la experiencia, así como del empleo de fuerza y de amenazas o de la existencia de una violación propiamente dicha (penetración vaginal, anal o bucal). De este modo, cuanto más crónico e intenso es el abuso, mayor es el desarrollo de un sentimiento de indefensión y de vulnerabilidad y más probable resulta la aparición de síntomas. (p. 80)

Por otro lado, se ha observado en reiteradas veces el informe pericial psicológico, que concluyen en su mayoría que la víctima padece de trastornos postraumáticos, donde la gran mayoría de los operadores jurídicos no investigan a mayor profundidad este término técnico a efectos de comprender la magnitud del daño ocasionado a la víctima.

Para tener una idea, de la gravedad de esta secuela psicológica que tiene la víctima de violación sexual, basta con observar el tipo de tratamiento que se realiza para tratar de llegar en condiciones normales a efectos que se desarrolle en su entorno social.

Los operadores jurídicos para llegar a una justicia aceptable para la víctima de agresión sexual se deben llegar a comprender el daño ocasionado y en relación a este daño se podrá fijar un adecuado monto de reparación civil, que no sólo beneficia a la víctima, sino también a los familiares de este y en ocasiones al sentenciado.

El tratamiento más común que atraviesa la víctima que sufre trastorno de estrés post traumático – TEPT, es someterse a las técnicas como la relajación, la reestructuración cognitiva, la psicoterapia psicodinámica, el uso de psicofármacos, la hipnosis, entre otras; como bien lo menciona Los psicólogos Álvaro Roberto Vallejo Samudio¹; Martha Isabel Córdoba Arévalo en su artículo titulado: “Abuso sexual: tratamientos y atención”

Se recomienda la combinación de técnicas como la relajación para reducir el nivel de estrés psicofisiológico, la reestructuración cognitiva, la psicoterapia psicodinámica, el uso de psicofármacos, la hipnosis, entre otras. Los autores aconsejan en los casos leves de TEPT el uso de psicoterapia, y en los casos moderados y graves el uso de tratamiento farmacológico y psicoterapéutico combinados por lo menos durante un período de doce meses, y con un seguimiento posterior.

Los juzgados penales deben de velar los intereses de la víctima a efectos de no quebrantar su derecho a la tutela judicial efectiva, pues sólo con mandato judicial con el apoyo de instituciones del estado, lo más idóneo, es decretar que la víctima se someta en diversos tratamientos, médicos, psicológicos y psiquiátricos si fuere el caso, o de lo contrario que el sentenciado costee dicho tratamiento mediante la reparación civil.

Estos tipos de tratamientos, dependen en la estrategia que implanta el especialista a efectos de obtener resultados deseados en la víctima

de violación sexual, tales como enfoque psicodinámico grupal e individual, terapia con enfoque cognitivo conductual, terapia a través de grupos focales, entre otras terapias grupales; todas estas terapias, es necesario ser acompañadas con las terapias farmacológicas; pues se ha demostrado que después de la violación sexual se experimenta cambios en la neurobiología del cerebro que justifican en recurrir a los psicofarmacológicas, como bien lo explican los psiquiatras Bernik, Laranjeiras y Corregiari (2003). Tratamiento farmacológico trastorno de estrés pos-traumático. Revista Brasileira de Psiquiatria, donde establece:

Las medicaciones farmacológicas han permitido la regulación de las respuestas al estrés, la resolución de la respuesta traumática en combinación con la psicoterapia y el control de síntomas de ansiedad generalizada, entre otras ventajas. Diversos autores coinciden en que siempre que se utilice la farmacoterapia, se debe hacer un acompañamiento complementario psicosocial, (p. 25)

Los trastornos de estrés postraumático – TEPT que sufren las víctimas de violación sexual, se han recomendado algunos medicamentos como: los antidepresivos tricíclicos (ADT), de esa forma se puede darse la idea el nivel de depresión que sufre este tipo de víctimas; otro fármaco son los inhibidores de la monoaminoxidasa (IMAOS), los amitriptilina y ISRS para los síntomas de embotamiento, impulsividad, ideas suicidas, para las conductas adictivas, la ansiedad y sobre todo la depresión y la evitación; así como para los síntomas de hiperactivación fisiológica el litio, y para la ansiedad, insomnio y pesadillas se medica la benzodiacepinas; imipramina y fenelzina para las intrusiones; y por último para las alteraciones del sueño buspirona, fluvoxamina, trazodona, nefazodona, zolpidem y alprozolan.

Estos medicamentos son utilizados para contrarrestar los síntomas que puede acarrear el trastorno del estrés postraumático, para darse

una idea el alcance del impacto psicológico que se ha generado a la víctima de la agresión sexual.

En otras palabras, el nivel de sufrimiento de dolor espiritual de la víctima es cuantificable en base a las medicinas recetadas por el médico tratante, pues, como bien señala Tamayo Jaramillo (2015): «la medicina psíquica contemporánea puede dictaminar casi con exactitud el grado y duración del dolor físico y psíquico. Con base en esa verificación, los médicos formulan medicamentos, analgésicos o antidepresivos y, llegado el caso, realizan sicoterapias que concurren la salud de la víctima.» (p. 220)

Al ser un daño meramente intrínseco de la persona humana, es imposible de otorgar un valor pecuniario para ser resarcido; sin embargo, el juzgador deberá apreciar la intensidad y la magnitud del daño causado para medir el nivel de sufrimiento de la persona. Tamayo Jaramillo (2015) señala: «Si bien su cuantificación económica es imposible, dada la naturaleza misma del daño, lo cierto es que su intensidad es perfectamente demostrable.» (p. 220)

Este daño psicológico puede considerarse dentro del daño a la persona que en definitiva este concepto viene a ser amplia pudiendo estar implícito el daño moral, daño fisiológico y daño al proyecto de vida, lo que no excluye a los daños considerados como patrimoniales, tales como el daño emergente que consiste pérdidas patrimoniales que ha sufrido la víctima producto de la agresión sexual, por ejemplo, el agresor sexual imparte golpes a la víctima provocando hematomas, contusiones, escoriaciones, entre otros. Estos daños son extrapatrimoniales, pero los gastos ocasionados para el tratamiento médico vienen a ser daños patrimoniales, pudiendo considerarse como daño emergente indirecto; como también pérdidas patrimoniales tales como celulares u otros bienes extraviados que ocasionó la agresión sexual.

Tampoco hay que excluir al lucro cesante que aplica cuando el hecho generador causa un daño evento patrimonial, esto puede generar daños de lucro cesante patrimonial, como daño consecuencia. Este daño es muy escaso en este tipo de delitos, toda vez que la mayoría de menores de edad no laboran para exigir la reparación en el lucro cesante; sin embargo, se puede hacer un análisis a raíz de las reglas del daño indirecto en relación del lucro cesante, por ejemplo el agresor sexual invierte golpes para neutralizar a la víctima menor de edad, a tal punto que le ocasiona una lesión cerebral quedando en estado vegetativo, por tal motivo la víctima necesita ayuda de terceras personas para ser asistida en la alimentación, vestimenta y otras necesidades básicas, por esa razón la madre deja el empleo para cuidar a su menor hija. Evidentemente se configura el lucro cesante, que a nuestra consideración el juzgador deberá analizar de manera objetiva al momento de impartir justicia.

En efecto, el daño moral es de naturaleza temporal, toda vez que la persona humana tiende superar la aflicción emocional, ya sea por decisión propia o por diversos tratamientos psicológicos realizados; es decir, como bien señala Fernández Cruz (2015) «Si el daño moral es un sufrimiento que afecta a la psiquis de un individuo, dado que la naturaleza humana está hecha para superar padecimientos psíquicos (bajo el instinto de supervivencia, el ser humano está hecho para dominar el dolor), dicho daño tiene que ser temporal.» (p. 192)

Como se ha examinado en los expedientes judiciales, las resoluciones finales que ponen fin al proceso penal no llega a motivar la reparación con estos elementos para establecer la reparación civil a favor de la víctima vulnerando de esa forma la tutela judicial efectiva, debiendo tomar con mayor interés el daño a la persona que conjuga con el daño moral, daño fisiológico, físico o biológico, daño social, daño al proyecto de vida, daño psicológico, infiriéndose que se trata de una lesión que afecta a la persona humana en el ámbito

psicofísica, toda vez que el Código Civil trata de abrir todo los daños que pudiera suscitarse en relación a la persona humana en su completa integridad, tanto física como psíquica; reconociendo como una fuente de obligación de resarcir al daño sufrido por un delito recaída a la persona humana que se ve afectada.

Dentro del daño a la persona se puede examinar con mayor detenimiento los daños social, físico y psicológico que conlleva a un atraso al proyecto de vida. En relación a este último, la agresión sexual sufrida por la víctima se limita a nivel físico y psicológico; generando que el curso de la vida cambie, se desvanezca o se vea forzado a tomar otro rumbo. La agresión sexual provoca que la víctima rompa las expectativas de vida, generando cambios bruscos en el proyecto de vida.

En ese sentido, hablamos del daño al proyecto de vida, en este tipo de delitos, los menores de edad víctimas de violación sexual quebranta su proyecto de vida, en peor de los casos, cuando se encuentran embarazadas producto de la agresión sexual, esto cambia bruscamente las expectativas de la víctima tratando de evadir el problema. Por ejemplo, el abandono de los centros educativos por vergüenza al embarazo, traslado de una ciudad a otra, abandonar los estudios de forma definitiva para dedicarse al trabajo y al cuidado del menor, entre otros.

En cuanto al daño fisiológico, la víctima de agresión sexual no está exenta de sufrir este daño, toda vez que el agresor sexual pueda ensañarse para someter a la víctima a efectos de acceder carnalmente, y esto implicaría la impartición de golpes que podrían ocasionar el detrimento de las funciones físicas vitales de la víctima, como por ejemplo quedar en estado vegetativo e invalidez total permanente; que, sin lugar a dudas, la víctima tendrá un daño moral y patrimonial.

4.2.4. Los Jueces Penales Evalúan la Cuantía de la Reparación Civil en Base a los Bienes y los Ingresos Económicos que percibe el Sentenciado del Delito de Violación Sexual.

Como se ha podido apreciar, de los veinte expedientes, sólo uno ha motivado en base a los ingresos económicos que percibía el sentenciado, mientras los demás, valoraba los labores que desempeñaba a efectos de considerar como atenuante a efectos de reducir la sanción punitiva.

En efecto, los juzgadores han considerado la condición económica en los fundamentos que amparan la decisión de la sanción penal; sin embargo estos criterios punitivos son valorados también en la reparación civil a efectos de determinar, probar y cuantificar el resarcimiento cuando se trata de motivar la reparación civil, tales como: 1) La gravedad del delito, 2) La intensidad del sufrimiento en el ánimo, 3) La sensibilidad de la persona ofendida, y 4) Las condiciones económicas y sociales del imputado, sobre todo este último, que considera para fijar una reparación civil en base a su condición económica una vez ingresada al centro penitenciario, olvidándose de los criterios establecidos en el código civil.

De lo establecido, para los operadores jurídicos la reparación civil evalúa la cuantía resarcitoria en base a criterios punitivos con una concepción jurídica pública, protegiendo el cumplimiento de las normas penales, cumpliendo una función preventiva, siendo una sanción más que el sentenciado debe cumplir un gasto económico a favor de la víctima, esta condición persuade a la sociedad a fin de evitar estos delitos. Este criterio se funda más a una concepción jurídico público olvidándose de los derechos que le asisten a la parte agraviada, concordando con lo establecido por el doctor alemán Roxin (2004) que a la letra dice:

Detrás de la aplicación de la concepción jurídico pública de la reparación civil subsisten las siguientes ideas: i) La reparación cumple finalidades preventivas, específicamente la llamada prevención integrativa; ii) la reparación está orientada a la satisfacción de intereses públicos más que particulares; iii) la reparación tiene que ver más con el autor y la vigencia de la norma que con el agraviado y el daño ocasionado; iv) la reparación tiene que ver más con la resocialización y prevención que con el pago de la obligación resarcitoria. (p. 42)

En efecto, los despachos judiciales tienen una concepción jurídico-pública de la reparación civil, toda vez que la reparación civil tiene que ver más con el sentenciado que con la agraviada y el daño ocasionado, siendo evidente hasta en la actualidad, pues el juzgador penal da mayor importancia al sentenciado, otorgando facilidades de pago y sumas irrisorias adecuados para lograr pagar según su condición social del condenado.

Como ya se ha establecido en la presente investigación, los despachos judiciales no logran motivar la reparación civil en base a los criterios establecidos por el código civil, pues el juzgado penal utiliza criterios ajenos a la norma civil. Uno de los criterios ajenos viene a ser la valoración de la condición económica del imputado, en otras palabras, examina los bienes o ingresos económicos que pudiera tener el procesado a efectos de reparar los daños ocasionados a la parte agraviada, siendo este criterio totalmente ajeno a los presupuestos fijados por el código civil.

De esa forma, se puede apreciar que la motivación que lanza los juzgadores penales no están realizadas de forma debida, siendo arbitrarias sin ajustarse a lo que la ley establece, como bien señala el fundamento 7 del expediente Nro. 728-2008-PHC/TC del 13 de octubre del 2008 establece: «El derecho a la debida motivación de las

resoluciones es garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso» (p. 2)

En efecto, lo que se pudo contrastar en las resoluciones judiciales examinados en la presente investigación, existe una deficiencia en la motivación externa, justificación de las premisas; toda vez las premisas no han sido contrastados o analizadas para obtener una validez fáctica o jurídica; es decir que el juzgador al momento de evaluar el caso concreto omite en verificar los presupuestos normativos para ser pasibles de ser aplicados en el hecho, pues utiliza criterios ajenos, tales como la condición económica del procesado a fin de establecer la reparación civil y no contento con ello, otorga facilidades de pago ampliando el plazo en meses hasta en años, logrando con esto, la dilación del cumplimiento de la reparación civil.

El despacho judicial debe de amparar los derechos que le asiste, tanto del imputado como de la víctima, siendo equitativo al momento de impartir la justicia; sin embargo como se ha podido observar, los juzgadores penales determinan el monto de la reparación civil por criterios ajenos al derecho civil, sin ser esto suficiente la reparación civil está en función a las condiciones económicas del imputado, así como también otorga facilidades de pago, extendiendo el plazo hasta meses e incluso años, teniendo como única perjudicada la víctima, que con suerte tiene que costear los fármacos y tratamientos psicológicos de forma inmediata, pero muchas veces, se ha visto que la agraviada no recibe un tratamiento adecuado ni mucho menos oportuno, agravándose el trastorno postraumático que padece.

Es necesario que en tratamiento de la víctima sea adecuada y sobre todo oportuno, es decir de forma inmediata; pero si el juzgador

extiende el plazo para el pago de la reparación civil, este tratamiento no será oportuna, corriendo peligro que este trastorno de estrés postraumático se agrave aún más, compartiendo con Campoverde Sánchez (2015)

Este daño es de especial tratamiento puesto que en el caso de los delitos sexuales la impresión de la violación puede ser tal que rompa las expectativas que la víctima tenía, por lo que su tratamiento y reparación debe ser oportuno y adecuado; y, en todo caso debe merecer una justa indemnización. (p.97)

Del texto citado, considera que se debe otorgar un tratamiento de inmediato a toda víctima de violación sexual, sin que este perdure en el tiempo, de lo contrario el estrés postraumático se agravaría de manera severa; en consecuencia, el juzgador deberá de cesar esa consideración que tiene con los sentenciados al facilitar y extender el plazo de pago, de lo contrario se estaría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima.

Para que este problema cesa, es necesario que el despacho judicial motive la reparación civil conforme a las reglas implantadas en el código civil, sin llegar a justificar la decisión judicial con presupuestos ajenos que no expresa la norma civil a efectos que las resoluciones judiciales se resuelvan sin llegar a la arbitrariedad y con una adecuada aplicación de la norma, llegando a una mayor objetividad en la reparación civil, concordando con el fiscal adjunto supremo Gálvez Villegas (2012) señala:

i) Comoquiera que nuestros operadores jurisdiccionales penales no fundamentan la determinación de la entidad y la magnitud del daño causado por el delito, y sobre todo, no resuelven atendiendo al verdadero contenido de la pretensión resarcitoria y a los conceptos resarcitorios reclamados y probados en el proceso penal, en realidad,

en dicho proceso se vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del agraviado que demanda la reparación en el proceso penal. (...). (p. 147)

Los operadores jurídicos tienen una tarea importante de fundamentar en relación con los hechos y la norma civil a fin de llegar a un adecuado monto de la reparación civil, basándose en los daños causados hacia la víctima y demás presupuestos que la ley exige para amparar la pretensión privada del actor civil, y absteniéndose en mencionar otros criterios ajenos.

Según los expedientes analizados, el despacho judicial aún utiliza el criterio errado de establecer la reparación civil en base al ingreso económico, siendo este criterio apartado del presupuesto que fija el código civil. Por otro lado, también se ha visto que no solo determina el monto por el ingreso económico que tendría el sentenciado, sino otorga facilidades de pago extendiendo el plazo para el pago de la reparación civil.

4.2.5. La Omisión de Motivar en los Requerimientos Fiscales y en las Sentencias Judiciales a Efectos de Determinar la Cuantía de la Reparación Civil a Favor de la Víctima de Violación Sexual.

En la praxis judicial, la mayoría de los casos, los jueces de juzgamiento al momento de emitir la sentencia solo se limitan en motivar sobre la responsabilidad penal, más no llegan a motivar o mediante una motivación aparente se basa el monto indemnizatorio, sin hacer un análisis exhaustivo sobre los criterios y los elementos para determinar la responsabilidad civil.

En efecto, se ha demostrado que tanto como el requerimiento de los fiscales como las sentencias judiciales no motivan el punto de la reparación civil conforme a los presupuestos establecidos por el código civil, pese que la motivación es el único instrumento de tipo

objetivo que se utiliza para evitar arbitrariedades por parte del fiscal o del juzgador, según sea el caso, toda vez que expone abiertamente los motivos que determino la decisión adoptada. Este instrumento, garantiza al público que las razones de la decisión del juez están con arreglo a ley, como lo advierte Figueroa Gutarra (2014):

(...). En efecto, si el juez cumple con motivar su decisión, en realidad trasciende en la decisión final cómo ha argumentado la decisión, en qué medida ha construido adecuadamente sus argumentos, cuáles tipos de argumentos ha utilizado, cuál es la concepción interpretativa que subyace en la posición que adopta para resolver la controversia jurídica, (...). (p. 11)

De lo vertido se desprende que la motivación viene a ser una herramienta a fin de determinar los motivos que se han fundado para que llegara a un explícito monto económico que será pagado a la agraviada por reparación civil, utilizando los elementos para establecer la responsabilidad civil, tales como la antijuricidad, el nexo causal, el daño y el factor de atribución, cada uno debe ser motivado dentro de los hechos delictivos que genero un daño, en este caso, el impacto psicológico que sufrió la víctima entre otros daños que se suscitó producto de la conducta delictiva.

La víctima tiene el derecho a la tutela judicial, en otras palabras, exige que se garantice el derecho de la reparación civil, tanto como la cuantía y el cumplimiento del pago en su integridad y esta garantía que lo otorga el despacho judicial viene a ser la motivación que funda su decisión de la cuantía y el modo de pago de la reparación; sin embargo como se puede observar, la mayoría de los expedientes examinados en esta investigación, motivan la forma de pago, imponiendo de manera arbitraria la cuantía de la reparación, sin mediar los elementos de la reparación civil, tales como la antijuricidad, el nexo causal, el daño y el factor de atribución.

Al carecer de motivación en el extremo de la decisión de la cuantía resarcitoria, se puede inferir la arbitrariedad de los juzgadores, quebrantando el debido proceso, así como la tutela judicial efectiva de la víctima, como bien lo explica Felices Mendoza (2011)

En todo sistema procesal la fundamentación y motivación de las decisiones judiciales relevantes, especialmente de la sentencia definitiva, constituye una garantía del derecho a un debido proceso, es un aporte de racionalidad en el proceso intelectual de valoración de las pruebas, de interpretación jurídica de las normas y aplicación de las mismas al caso concreto, alejando el arbitrio o la mera subjetividad.» (p. 211)

En ese sentido, el juzgador deberá de valorar el alcance de los daños sufridos por la víctima, comprender esta magnitud del daño, viene a ser suficiente para que se administre la justicia de manera correcta.

La motivación no sólo se pone en práctica a nivel judicial, sino corresponde a toda autoridad que emita una decisión que afecta a las personas que se encuentra dentro de la relación cuestionable. Pues, si viene cierto que el artículo 139° inciso 5° de la Constitución Política del Perú se refiere a las decisiones judiciales que deberán estar debidamente motivadas, sin embargo, este precepto normativo no sólo acarrea a los jueces, sino a toda autoridad, incluyendo al Ministerio Público, debiendo de interpretarse de manera extensiva el artículo citado, tal como lo advierte Castillo Alva (2012) al señalar:

El deber de motivar las resoluciones judiciales está consagrado en el artículo 139° inciso 5° de la Constitución Política del Estado. Si bien dicho deber se encuentra recogido como una garantía constitucional aplicable en sede jurisdiccional, su vigencia se extiende a todos los niveles de los poderes del Estado y de los órganos

constitucionalmente autónomos entre los que se incluye la actividad del Ministerio Público. (p. 317-318)

En efecto, el fiscal como representante del ministerio público también realiza la motivación en los requerimientos y disposiciones fiscales, entre ellas, la acusación, donde funda los motivos que arriban a la cuantía de la reparación civil y que será exigible ante el poder judicial por intermedio de la audiencia.

Se ha podido apreciar en la investigación que los fiscales emiten la acusación fiscal tratando de motivar la reparación civil de forma genérica, sin aplicar los elementos que determinan la responsabilidad civil y que está constituida en el código civil, más sólo se limita en mencionar los daños y determinar la cuantía reparatoria. Los fiscales deberán de motivar todo requerimiento a efectos de jugar un papel muy importante de control ante la defensa técnica del imputado, del agraviado y de la sociedad en general que permitan identificar la posible arbitrariedad de la decisión del fiscal, como refiere Dávalos Gil (2014):

De ahí que la importancia de la decisión fiscal radique – entre otros aspectos – en que la misma no sea arbitraria, sino que constituya una respuesta democrática esperada por los sujetos involucrados en el drama penal; sea que – la decisión fiscal – resulte favorable a uno y desfavorable a otro, lo importante es que siempre que esa decisión, que ese acto volitivo, sea uno adecuado a la Constitución y al ordenamiento jurídico patrio, ya que finalmente, la decisión fiscal es expresión del Poder Fiscal, y todo acto de poder fiscal no debe ser arbitrario, sino racional y razonable. (p. 138)

En efecto, el fiscal deberá de realizar una debida motivación con respecto a la reparación civil, en concordancia del principio de objetividad sin separarse de los fundamentos expuestos en la parte

considerativa amparándose en la normatividad y en los hechos a efectos de no considerarse como una decisión arbitraria; Dávalos Gil señala (2014):

Una decisión fiscal, para ser catalogada como tal, debe cumplir con la debida motivación, porque solamente una decisión fiscal debidamente motivada será considerada como una decisión propia de un Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho. No olvidemos que la decisión fiscal (y no solo las resoluciones judiciales) constituyen mensajes para la colectividad, de modo que, si constituyen mensajes arbitrarios, estaremos enseñando a construir arbitrariedad, y ello está proscrito en nuestro país. (p. 138)

Estando claro que los fiscales también deberán emitir disposiciones y requerimientos debidamente motivados, se debe deducir que al momento de pronunciarse sobre la reparación civil que deberá responder el imputado, se debe considerar el alcance del daño que necesariamente se necesita de una motivación para consignar el quantum de la reparación civil a favor del agraviado del delito.

La acusación como un tipo de requerimiento fiscal propone la reparación civil en base a las pruebas del alcance del daño causado por la conducta delictiva, en otras palabras, motivar la decisión del quantum de la reparación civil en base al daño causado a la agraviada, pues de no advertir el alcance del daño no existiría una tutela judicial efectiva a favor de la agraviada al no cubrir el total de la reparación civil, tal como bien lo señala Villegas Paiva (2014)

Con ello, a su vez, queda puesto de relieve que, en el caso de las presuntas víctimas de un delito, el derecho que tienen a la debida motivación de las resoluciones judiciales va unido al derecho a la verdad (por el cual el Estado debe adoptar todas las medidas posibles

para esclarecer los presuntos hechos delictuosos). Así, ligado con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. (p. 116)

En la praxis judicial, tal parece indicar que las partes procesales se han acostumbrado en utilizar sólo la doctrina penal a efectos de determinar la responsabilidad penal, más no utilizan criterios civiles para determinar la suma de la reparación civil, o al menos no logran materializar al momento de ser debidamente motivadas en las disposiciones o requerimientos fiscales; en consecuencia no hacen mención de las pruebas del daño causado producto de la conducta ilícita, ni mucho menos mencionan los elementos que establece el código civil para determinar la responsabilidad civil.

Por otro lado, se ha visto en reiteradas veces que las resoluciones judiciales los jueces penales sólo se esmeran en motivar para determinar la responsabilidad penal, dejando unas cuantas líneas para señalar la consecuencia del delito que viene a ser la reparación civil y fijando un monto irrisorio, toda vez que no cubre con los gastos para reparar el daño.

La motivación en las resoluciones judiciales sobre la reparación civil es muy escueta, como se pudo apreciar en la investigación efectuada, pues no llegan a analizar el alcance del daño conjuntamente con la prueba y los criterios civiles para determinar la responsabilidad civil, encerrándose sólo en motivar con alturados fundamentos de la doctrina penal dejando de lado a la motivación de la reparación civil. Estando en completo abandono la parte agraviada, hablando en la práctica judicial, pues la normatividad brinda herramientas a la víctima en protección de su derecho reparatorio.

La inaplicabilidad de la norma civil ha conllevado que tanto como el actor, los requerimientos fiscales y las sentencias judiciales no logran motivar a efectos de llegar a un monto económico para ser

considerado como una reparación civil integral y justa, pues esta omisión de motivar genera que los jueces penales observen otros presupuestos ajenos a la normatividad como los bienes e ingresos que percibe el sentenciado y lo más común es que no tenga esta posibilidad económica al estar cumpliendo pena privativa de libertad, alejándose de los criterios impuestos por la normatividad civil, causando resoluciones con motivación aparente y hasta arbitrarias.

En ese sentido, resulta necesario que tanto como el representante del ministerio público y el juzgador lleguen a motivar la acusación fiscal y las sentencias, respectivamente, esto, con el único fin que la agraviada se dé la idea de los criterios que han concurrido para fundar el derecho de la reparación civil, criterios que no se debe alejar de los elementos que fija el código civil.

Concluyo, que todos los requerimientos fiscales y las sentencias judiciales no logran motivar a efectos de determinar la cuantía de la reparación civil conforme a los elementos fijados por la norma civil, en consecuencia, no existen garantías para la parte agraviada que desconoce los fundamentos que se ha basado para fijar un determinado monto, quebrantando la tutela judicial efectiva.

4.2.6. La Falta de Bienes e Ingresos Económicos del Sentenciado que no permite la Ejecución de la Sentencia que Ordena el Pago de la Reparación Civil a favor de la Víctima de Violación Sexual.

Debemos tomar en cuenta que existe dos momentos, la primera cuando el actor ha laborado antes de recibir una condena y la segunda cuando el actor ya purga una prisión privativa de libertad, debiendo de analizar el impacto económico que ha recibido el sentenciado al ser condenado y la carga familiar que deja.

El despacho judicial solo se limita en valorar el segundo momento, cuando el actor es sentenciado y dirigido al centro penitenciario para

purgar una pena privativa de libertad. Evidentemente reduce su condición económica, motivo por lo cual, el juzgador impone una reparación civil irrisoria, preocupándose de los peculios del agresor y su carga familiar; sin embargo los operadores jurídicos no valoran el primer momento, los ingresos recibidos e invertidos antes de contar con una condena, es decir lograr determinar si el actor cuenta con cuentas bancarias, bienes inmuebles, bienes muebles, entre otros, esto con la finalidad de efectuar mecanismos procesales para poder embargar estos bienes y garantizar el pago de reparación civil a favor de la víctima.

Si bien es cierto que la falta de bienes e ingresos económicos es un factor para que la reparación no sea cancelada, sin embargo, se ha podido arribar que no es el único factor, sino, existiendo diversos aspectos. Sólo uno de los factores fue mencionado por el jurista alemán el doctor Claus Roxin (1999) de la siguiente manera:

(...). Pues la víctima no sólo tenía que intervenir mucho tiempo y dinero para reclamar ante un tribunal civil, sino que el proceso penal impedía, también casi siempre, que el perjudicado pudiera obtener alguna vez su indemnización. Pues si el autor está encerrado en un establecimiento penitenciario no puede ganar dinero ni tampoco, por consiguiente, y en la mayoría de los casos, indemnizar a la víctima. (p. 8)

En efecto, en el extremo que el sentenciado se encuentre purgando una pena privativa de libertad dentro de un establecimiento penitenciario, este no puede obtener ingresos económicos como si lo pudiera tener en libertad; sin embargo este viene a ser un solo factor, existiendo diversos factores que se ha podido observar en los expedientes analizados, tales como: 1) La falta de requerimiento del representante del ministerio público, del actor civil y del despacho judicial, 2) La falta de iniciar una ejecución forzada, 3) El actor se

encuentra libre con sentencia condenatoria, 4) El desistimiento de la víctima de no continuar con el pedido de la reparación civil o la transacción de la misma, 5) El actor y la agraviada inician un matrimonio formando una sociedad de gananciales, entre otros factores.

Estos factores mencionados continuarán si los despachos judiciales otorgan plazo para pago de la reparación civil, si los operadores jurídicos no garantizan el cumplimiento de pago; estos son motivos suficientes para que la gran mayoría de los sentenciados no logran cumplir con el pago de la indemnización civil a favor de la agraviada.

En un proceso penal se puede presentar diversos factores para que el sentenciado no cumpla en pagar la reparación civil, siendo uno de esos factores, la baja condición económica del actor, que no cuenta con bienes e ingresos económicos antes y después de la prisión preventiva de libertad, debiendo de evaluar el juzgador a efectos de tener el mejor criterio para resolver.

El código procesal penal tiene diversas herramientas para poder garantizar el pago de la reparación civil, desde una medida cautelar antes de culminar el proceso penal y la ejecución forzada; sin embargo el representante del ministerio público o el actor civil, según sea el caso, no hacen uso de estos dispositivos que mayormente se encuentra en el código civil para salvaguardar las pretensiones de la acción civil, siendo unos de los factores para que no se logra cumplir de manera eficaz la ejecución de la sentencia, solo en el extremo del pago resarcitorio. Pues, mientras la parte afectada, ya sea como actor civil o en representación del ministerio público, tiene la libre discrecionalidad para requerir el pago de la reparación civil, conforme lo establece Gálvez Villegas (2011) en su libro titulado “El ministerio público y la reparación civil proveniente del delito” que establece:

Como quiera que se trata de la afectación de un bien de interés particular, como toda obligación de contenido privado, el ejercicio del derecho al cumplimiento de dicha obligación queda sujeto a la libre voluntad y discrecionalidad del titular del bien afectado, quien decidirá en definitiva si solicita o no la reparación. (p. 184)

En efecto, el código procesal penal y el código civil te ofrece todos los mecanismos para poder garantizar el pago de la reparación civil, sin embargo, los representantes de la parte agraviada, ya sea el ministerio público o el actor civil, son los que tienen que requerir el pago de la reparación civil a efectos que el despacho judicial autorice la ejecución forzada.

Dicho esto, queda demostrado que uno de los factores que coadyuva en no cancelar la reparación civil, es la falta de bienes e ingresos económicos del sentenciado; sin embargo, también queda acreditado que existe más factores independientes.

4.2.7. El Desinterés por parte del Sentenciado y del Estado a Efectos de cubrir la Reparación Civil a Favor de la Víctima de Violación Sexual.

Como se ha podido apreciar en los expedientes analizados se desprende que algunos sentenciados logran cancelar la reparación civil, pero eso no quita que existe un grado de desinterés por parte del ministerio público que no agota todas las vías para tratar que el sentenciado cumpla con el pago reparatorio.

El representante del ministerio público debe de participar en forma activa a fin de investigar los bienes que tiene la parte sentenciada a efectos de perseguir la ejecución de la pena, proponiendo alternativas para el cumplimiento de la reparación civil.

No debemos de olvidar que se trata de una víctima de violación sexual de menor de edad, por consiguiente, no acudirá a la vía civil para reclamar la indemnización respectiva y posiblemente no podrá apersonarse como actor civil, pues este tipo de delitos, la agraviada sufre de estrés postraumático, resultando complicado la asistencia en las diligencias que se programan. En tal sentido, el Estado por intermedio del ministerio pública tiene el deber de participar de forma activa a fin de agotar todos los mecanismos procesales para garantizar el cumplimiento del pago de la reparación civil.

El ministerio público no sólo persigue la acción penal, sino también la ejecución de la sentencia en todos sus extremos, entre ellas, la reparación civil a favor de la víctima; pues a la población le genera mayor alarma social los graves daños materiales e inmateriales para la víctima y más aún cuando la parte afectada se trata de una menor de edad, en consecuencia, se debe tener mayor enfoque y atención por parte del Estado sobre el pago de la reparación civil.

Para el Estado y para el sistema de justicia se presenta el problema en cuanto se trata de reparación civil a favor de la víctima de violación sexual, toda vez que no logran llegar que el actor logre pagar la reparación civil, siendo el deber del Estado el cumplimiento de los derechos constitucionales; sin embargo, se observa que poco o nada se hace para lograr la efectividad de la reparación.

De persistir esta problemática el Estado tiene el deber de fomentar y crear mecanismos idóneos a fin que la reparación civil sea pagada en su integridad por parte del obligado; sin embargo hasta la fecha viene a ser incapaz de lograr que los sentenciados paguen la reparación a favor de la víctima; en consecuencia viene a ser responsable solidario, por ende corresponde al Estado en asumir la reparación civil en beneficio de la víctima, sin perjuicio de que posteriormente pueda cobrar al actor de violación sexual.

La víctima no puede esperar años para que el agresor sexual de buena fe logre pagar la reparación civil, pues la secuela producto de la agresión sexual que sufrió la víctima se va agravando a medida que pase el tiempo, en ese sentido, al esperar la ejecución de la sentencia, se arrebató a la víctima la posibilidad de superar el hecho traumático mediante un tratamiento psicológico o psiquiátrico; toda vez que está debe ser tratada de forma inmediata.

En esa línea de ideas, el sistema judicial para su efecto conlleva demasiado tiempo para el cumplimiento del mandato judicial, mientras tanto la víctima tratará de lidiar la situación penosa que lo ha tocado vivir, impidiendo el pleno desarrollo de su personalidad.

De lo expuesto, se puede apreciar la existencia de desinterés por parte del Estado por intermedio del ministerio público deben lograr mecanismos viables para lograr el cumplimiento efectivo de la reparación civil, observándose tres aspectos que vienen a ser: 1) El incumplimiento del deber del Estado en efectuar mecanismos para garantizar el pago de la reparación civil, 2) Agravamiento psicológico de la víctima a medida que pase el tiempo, 3) Responsabilidad del representante del ministerio público en no utilizar mecanismos procesales para garantizar el cumplimiento de la reparación civil, 4) Responsabilidad administrativa y penal de los juzgadores. Estos cuatro aspectos derivan a la responsabilidad solidaria del Estado para que este cubra la reparación civil en caso de que el obligado no tiene los medios para el pago de dicha reparación.

Existe un proyecto tentativo a efectos que el Estado sea considerado como responsable solidario, me refiero al tesista Campoverde Sánchez Diego Sebastián (2015) en su tesis titulada “La reparación integral a la víctima del delito de violación en la legislación penal ecuatoriana” sustentada en la Universidad Central de Ecuador para

optar el título de abogado se observa que realizó un proyecto ley tentativo, denominado “Proyecto de ley orgánica de reparación integral de las víctimas de infracciones penales”, donde menciona en el artículo 23° lo siguiente:

Art. 23°.- Responsabilidad Solidaria del Estado. - En caso de que el condenado no cuente con los recursos suficientes y no tenga bienes, o los bienes que tenga no sean suficientes para cubrir la indemnización, le corresponde al Estado el asumir la reparación integral de la víctima, sin perjuicio de que posteriormente pueda repetir en contra del condenado.

Esta responsabilidad solidaria no contempla todos los rubros indemnizatorios, solamente se refiere a los tratamientos médico, psicológico y social que deba recibir la víctima. (p. 151)

En efecto, la víctima de violación sexual no puede esperar pacientemente hasta que el proceso principal culmine, siendo esto años, para cobrar una reparación civil que difícilmente se materializa, pues la víctima sufre de estrés post traumático, agravando su condición a medida que pase el tiempo. El Estado debe de garantizar un tratamiento psicológico o psiquiátrico, según sea el caso, de forma inmediata, así como resulta necesario de suministrar medicamentos si fuera el caso; en consecuencia, se debe de garantizar el pago de la reparación civil, antes que culmine el proceso, debiendo agotar todas las medidas que resulte adecuada.

Se pudo apreciar los expedientes analizados que el representante del ministerio público avoca todo su empeño en la persecución delictiva, olvidándose de la reparación civil, pues se ha visto que pese de haber transcurrido años, no se requiere ni logra efectuar una ejecución forzada, ni mucho menos tuvo el agrado de plantear una medida cautelar real. En tal sentido, el ministerio público como parte del

Estado no logra que se cumpla la sentencia en todos sus extremos de forma eficaz, convirtiéndose responsable solidario al Estado.

Por otro lado, el Estado como ente organizativo, tiene la obligación de fomentar y crear diversos mecanismos para que se garantiza el pago de la reparación civil, en caso que no tenga estos mecanismos eficaces que protege a la víctima a fin de ser indemnizado, en definitiva será responsable solidario, en ese sentido lo corresponde como deber fundamental y primordial el de velar el cumplimiento de la reparación civil, por ende, el Estado deberá de destinar los fondos que se requiere para la creación de mecanismos, como instituciones que regulen, controlen, supervisen y validen para garantizar el pago de la reparación civil a favor de la víctima.

En la mayoría de los casos, el sentenciado no logra cumplir con el pago de la reparación civil, existiendo este problema, pues el actor rehúye de todo requerimiento fiscal y judicial, acarreando un problema, que la víctima no goza de la reparación civil pese de haber dilucidado los hechos de la agresión sexual, como bien lo explica el juez del segundo juzgado de paz letrado de Parcona, Carlos Machuca Fuentes (2004) en su artículo titulado “El agraviado en el nuevo proceso penal peruano” indica lo siguiente:

La reparación civil en el proceso penal peruano resulta de discutible ejecución, puesto que el sentenciado en la mayoría de los casos, elude su pago si es fijado en forma pecuniaria, ocasionando que la víctima además de haber esperado largamente en la búsqueda de la verdad al final no encuentre resarcimiento alguno. (p. 19)

En efecto, se observa el desinterés por parte del sentenciado, toda vez que ha perdido la libertad purgando una pena condenatoria en la penitenciaria, siendo la pena más severa, no existe otro peor castigo que esta, en consecuencia, la reparación civil viene a ser un problema

secundario para el agresor sexual, teniendo un grado de desinterés en el pago de la reparación.

A esto se suma, el desinterés por parte del Estado, pues omite en fomentar y en crear instituciones para garantizar el pago de la reparación civil o en su forma más simple, en tratar de realizar la coerción a efectos que el representante del ministerio público utilice y agote todas las vías posibles para garantizar el pago de la reparación civil. En ese sentido, comparto con lo dirimido por el tesista Roger Policarpo Almanza Saico (2017) en su tesis titulada “Incumplimiento del pago de la reparación civil por condenados por el delito de omisión de asistencia familiar en los juzgados penales de Abancay”, sustentado en la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco para optar el grado de magister en Derecho mención Derecho Penal y Procesal Penal, señala lo siguiente:

(...) como hipótesis principal que dichas causas son la incapacidad económica de los condenados, la inactuación de los operadores de justicia y el desinterés de las partes en cumplir o hacer cumplir la sentencia. (p. 2).

En efecto, se observa el desinterés tanto del obligado como del Estado en cumplir con el pago de la reparación civil, mientras el primero el desinterés puede mediar por diversos aspectos, tales como la incapacidad económica por purgar una pena privativa de libertad y el segundo, el Estado por no fomentar ni crear mecanismos para controlar, supervisar y validar la reparación civil.

Es necesario la búsqueda de otras alternativas a efectos que la reparación civil se hace efectivo, como trabajos dentro de la penitenciaria que llevan adecuados ingresos económicos para el sentenciado, sería una opción que debería optar el Estado a efectos de garantizar el pago de la reparación civil a favor de la agraviada.

Conclusiones

Primera: Se ha visto en los expedientes examinados que los jueces del juzgado penal colegiado y del juzgado de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín han justificado su decisión para determinar la responsabilidad civil basándose en solo uno de estos criterios, tales como la gravedad del delito, la intensidad del sufrimiento en el ánimo de la víctima, la sensibilidad de la persona ofendida y las condiciones económicas -sociales del imputado; siendo criterios de concepciones jurídicas públicas que persigue una finalidad preventiva; descartando los presupuestos fijados por el Código Civil, como la antijuricidad, relación causal, daño y factores de atribución que persigue satisfacer los intereses privados para lograr una reparación civil íntegra a favor de la víctima; en tal sentido, se concluye que la hipótesis principal es correcta, pues estos dos factores: utilizan criterios de concepciones jurídicas públicas y la no utilización de los presupuestos fijados en el Código Civil han incidido para que la reparación civil no salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva de la víctima menor de edad, toda vez que no se logrará reparar de forma íntegra, sino de manera irrisoria a favor de la agraviada.

Segunda: Se concluye en cuanto a la primera hipótesis específica que los factores principales que han incidido para que la reparación civil no logre determinar la cuantía de forma eficaz a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual, vienen a ser que los jueces no logran comprender el alcance del daño y los gastos económicos que se genera para una adecuada rehabilitación de la víctima, así como también los jueces consideran los bienes e ingresos económicos del condenado para fijar el monto de la reparación que generalmente conlleva a una suma irrisoria, por último el actor civil, los fiscales y los jueces no logran motivar los requerimientos y sentencias, respectivamente. Estos tres factores contribuyen en que continúe en otorgar reparaciones exiguas, las mismas que son permitidas por los operadores jurídicos.

Tercero: En cuanto a la segunda hipótesis específica se llega a la conclusión sobre los factores principales que han incidido para que la reparación civil no se logre ejecutar eficazmente en el proceso penal, estas son la falta de bienes e ingresos económicos del sentenciado, así como el desinterés por parte del condenado y del Estado para cubrir la reparación civil a favor de la menor de edad víctima de violación sexual; pues se ha advertido en los veinte expedientes analizados que sólo tres de ellos han logrado cancelar la reparación civil, infiriendo que el sentenciado no cuenta con ingresos económicos o simplemente ha perdido el interés puesto que purga una condena efectiva, quedando desamparada la víctima, puesto que el Estado tampoco cuenta con los medios para amortizar el daño causado.

Recomendaciones

Primera: Se recomienda a los operadores jurídicos en aplicar la reparación civil en base a los presupuestos fijados por el Código Civil como la antijuricidad, la relación causal, el daño y los factores de atribución que tienen como objetivo en satisfacer los intereses privados y descartar los criterios de concepciones jurídicas públicas.

Segunda: Se recomienda a los operadores jurídicos al momento de determinar la cuantía de la reparación civil en: recabar el informe del perito psicológico, asistente social, y a fines, a efectos de llegar a comprender el alcance del daño ocasionado a la víctima; así como también descartar en valorar los bienes o ingresos económicos del imputado para determinar la cuantía de la reparación civil; asimismo se recomienda en motivar, tanto en la constitución del actor civil, requerimientos fiscales y sentencias judiciales basándose sólo en los presupuestos fijados en el Código Civil.

Tercera: Se recomienda al actor civil o fiscal, según sea el caso, de incoar una medida cautelar de naturaleza real con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la reparación civil y ser ejecutada; en caso, que no exista bienes patrimoniales para ser ejecutadas se recomienda a los juzgadores que al momento de emitir el fallo, ordenar al departamento de psicología del hospital de la región para dar las facilidades en la atención psicológica a favor de la menor víctima de violación sexual.

Referencias Bibliográficas

- Almanza, R. (2017), Incumplimiento del pago de la reparación civil por condenados por el delito de omisión de asistencia familiar en los juzgados penales de Abancay. Recuperado en: <http://repositorio.unsaac.edu.pe/bitstream/handle/UNSAAC/3076/253T20171037.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ariano, E. (2014), Estudios sobre la tutela cautelar. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Ávalos, C. (2003), El principio de proporcionalidad en el mandato de comparecencia con detención domiciliaria. Revista Actualidad Jurídica. Tomo 110. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ávila, J. (2011), El derecho de ejecución penal de cara al presente siglo: Problemas, orientaciones, retos y perspectivas. Recuperado en; https://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_penitenciario/revista/jose_avila_herrera.pdf
- Baeza, S. (2003). El derecho al honor. Recuperado en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/114513/debaeza_s.pdf?sequence=1
- Bacre, A. (2005), Medidas Cautelares, Doctrina y Jurisprudencia, Ediciones La Roca, Buenos Aires.
- Barreñada, M. (2015), Los efectos de las anotaciones preventivas. Recuperado en: <http://www.are2abogados.com/medida-cautelar-de-anotacion-preventiva-de-demanda/>

Beltran, J. (2008), Un problema frecuente en el Perú: La reparación civil en el proceso penal y la indemnización en el proceso civil.

Recuperado en:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/5E215C0A5541C0E005257E7E00719D71/\\$FILE/art4.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/5E215C0A5541C0E005257E7E00719D71/$FILE/art4.pdf)

Bernik, M., Laranjeiras, M. & Corregiari, F. (2003). Tratamiento farmacológico do trastorno de estresse pos-traumático. Revista Brasileira de Psiquiatria.

Bramont-Arias, L. (2005). Manual de derecho penal. Parte general. Tercera edición. Lima: Editorial Eddili.

Cáceres, R. (2008), El proceso de pérdida de dominio & las medidas cautelares en la investigación preliminar. Lima: Editorial IDEMSA.

Cáceres, R. (2009), Comentarios al título preliminar del código procesal penal. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Cáceres J. Robert. (2009), Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Penal. Lima: Juristas Editores EIRL.

Calderón, J. (2005), Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a derechos humanos. México: Editorial Porrúa S.A.

Campoverde, D. (2015), La reparación integral a la víctima del delito de violación en la legislación penal ecuatoriana.

Recuperado en: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/5316/1/T-UCE-0013-Ab-364.pdf>

Carmona, C. (2012), Calumnias, Injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial. Recuperado en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31007.pdf>

- Caro, D. (2000), Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Castillo, J. (2002), Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Castillo, J. (2012), La obligación constitucional de motivar las resoluciones del ministerio público. En: Oré Guardia, Arsenio de. Et al. (dir.). Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 38. Lima: Gaceta Jurídica, 2012.
- Coaguila, J. (2013), Los derechos del imputado y la tutela de derechos en el nuevo Código Procesal Penal. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Código Penal. (2016), Perú. Decreto Legislativo Nro. 635, 08 de abril de 1991, Juristas Editores.
- Código procesal penal. (2016), Perú. Decreto Legislativo Nro. 957, 29 de julio de 2004, Juristas Editores.
- Código Civil. (2016), Perú. Decreto Legislativo Nro. 295, 25 de julio de 1984, Juristas Editores.
- Código Procesal Civil. (2016), Perú. Decreto Legislativo Nro. 768, 04 de marzo de 1992, Juristas Editores.
- Cornaglia, C. (2011), La victimización sexual de menores en la historia. En: Cornaglia, Carlos A. (dir.). Abuso sexual de menores. Plaga criminal. Córdoba: Editorial Alveroni.
- Corte Suprema de Justicia de Lima. (1997), Acuerdo Plenario N° 6-97. Excepción de naturaleza de acción basada en la ausencia de elemento subjetivo del tipo.

Constitución Política del Perú. (2016), Perú. 30 de diciembre de 1993, Juristas Editores.

Convención American de Derechos Humanos – CADH, Recuperado en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.pdf. 17 de junio del 2018.

Colomer, I. (2003), La motivación de las sentencias. Sus exigencias constitucionales y legales. Valencia: Tirant lo Blanch.

Cuarta Sala Penal de Lima, (1997). Expediente Nro. 426-1997. Caso Jacinta Haro Cajas por el delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas en agravio del Estado.

Cubas, V. (1998). El Proceso Penal, Teoría y Práctica. Lima: Palestra Editores.

Creus, C. (1985), La acción resarcitoria en el proceso penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Chanamé, R. (2001), Diccionario jurídico moderno. Segunda edición. Lima: Editorial Rao Jurídica E.I.R.L.

Chamorro, F. (1994), La tutela judicial efectiva. Barcelona: Editorial Boch.

Cupis, A. (1975), El daño. Teoría General de la responsabilidad civil. Barcelona: Bosch.

Dávalos, E. (2014), «La decisión fiscal y su debida motivación». En: García Belaunde, Domingo (dir.). Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo Nro. 83. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

De Cossío, A. (1997), Instituciones de derecho civil, Parte general. Madrid: Alianza Editorial.

Del Río, G. (2010), La acción civil en el Nuevo Proceso Penal. Recuperado en: <https://scholar.google.es/scholar?hl=es&q=La+acci%C3%B3n+civil+en+el+Nuevo+Proceso+Penal%C2%BB.+&btnG=&lr=>

Dowdeswell, J. (1986), La violación: Hablan las mujeres, Barcelona: Grijalbo.

Echeburua, E., Paz de Corral y Sarasua, Belén. (2006), El impacto psicológico en las víctimas de violación. Recuperado en: <file:///F:/08%20%20Impacto%20psicologico.pdf>

Echeburúa y Guerricaechebarría (1998), Abuso sexual en la infancia. Manual de terapia de conducta. Volumen 2º, Madrid: En M.A. Vallejo Editorial.

Echeburua, E., Paz de Corral y Sarasua, Belén. (2006), Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia. Recuperado en: <file:///F:/violacion%20daños.pdf>

Echeburúa, E. (2002), Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. Recuperado en: <http://www.unioviedo.net/reunido/index.php/PST/article/viewFile/7971/7835>

Eser, A. (1992), Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal tendencias nacionales e internacionales. Recuperado en: <https://scholar.google.es/scholar?hl=es&q=albin+eser+acerca+del+renacimiento+de+la+victima+en+el+procedimiento+penal&btnG=&lr=>

Felices Mendoza, M. (2011), El nuevo proceso penal constitucionalización principios y racionalidad probatoria. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.

Fernández, G. (2015), La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. En: J. Borda, Guillermo (dir.). Derecho civil extrapatrimonial y responsabilidad civil. Lima: Gaceta jurídica.

Fernández, C. (1985), El daño a la persona. en Libro Homenaje a José León Barandiarán, Lima: Editorial Cusco.

Fernández, C. (1996), El daño al “Proyecto de vida” en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Recuperado en:file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-EIDanoAlProyectoDeVidaEnUnaRecienteSentenciaDeLaCo-5110161%20(2).pdf

Fernández, C. (2004). Recientes decisiones de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: La reparación del “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Encontrado en <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/26811/Recientes%20decisiones%20de%20los%20tribunales%20internacionales%20de%20derechos%20humanos.%20La%20reparaci%F3n.pdf?sequence=1>

Ferrer, C. (2004), Manual de derecho procesal penal, cátedra “A”, “B” y “C”. Segunda Edición. Lima: Ciencia, Derecho y Sociedad Editorial.

Figueroa, E. (2014), El derecho a la debida motivación. Pronunciamiento del TC sobre la obligación de justificar las decisiones judiciales y administrativas. Lima: Gaceta jurídica.

Frank, E., Turner, Frank, S.M. y Sterward, B.D. (1980): The Impacto of Factors within the Rape Situation. New York: Journal of Behavior Assessment.

Flores, A. (2013), La responsabilidad civil en abstracto dentro del proceso penal salvadoreño y su incidencia en la víctima. Recuperado en:

<http://ri.ues.edu.sv/4501/1/La%20responsabilidad%20civil%20en%20abstrac%20dentro%20del%20proceso%20penal%20salvadore%C3%B1o%20y%20su%20incidencia%20en%20la%20victima.pdf>

García, P. (2015), La naturaleza y alcance de la reparación civil: a propósito del precedente vinculante establecido en la ejecutoria suprema R.N. 948-2005-Junín. p. 93.

Gascón, F. (2001), Embargo de bienes y sociedad de gananciales. Recuperado en: http://eprints.ucm.es/26538/1/2001_Embargo%20de%20bienes%20y%20sociedad%20de%20gananciales.pdf

Gálvez, T. (2011), El Ministerio Público y la reparación civil proveniente. Recuperado en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2011_10.pdf

Gálvez, T. (2012), Posibilidad de recurrir a la vía civil luego de concluido el proceso penal en el que el agraviado se ha constituido en actor civil y se ha amparado su pretensión análisis de la Casación N° 1221-2010 - Amazonas» En: Oré Guardia, Arsenio de Et al. (dir.). Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 39. Lima: Gaceta Jurídica.

Gálvez, T. (2016), La reparación civil en el proceso penal. Análisis Doctrinarios y Jurisprudencial. Tercera edición. Lima: Instituto pacífico.

González, J. y Pardo, E. (2007), El daño psíquico en las víctimas de agresión sexual. Recuperado en: <file:///F:/Secuelas.Psiquicas.pdf>

Gómez, C. (2005). Solidaridad y responsabilidad. La responsabilidad conjunta en el derecho español de daños. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

Guerra, M. (2010), Proceso contencioso-administrativo: el control al poder de autotutela administrativa. En: Ariano Deho, Eugenia (dir.). Manual de actualización Civil y Procesal Civil. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Guerrón, M. (2016), El Quantum Indemnizatorio en la Acción Civil de Reparación por Daño Moral. Recuperado en: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/23414/1/tesis.pdf>

Gutiérrez, B. (2006), Teoría y práctica del proceso civil. Tercera edición. Lima: Rao jurídica.

Guillermo, L. (2009), Aspectos fundamentales del resarcimiento económico del daño causado por el delito. Recuperado en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/\\$FILE/Illecip_Rev_004-02.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/$FILE/Illecip_Rev_004-02.pdf)

Henoch, A. (1950), Hechos y actos jurídicos. Tomo I, Buenos Aires: Tea.

Iman, R. (2015). Criterios para una correcta interpretación de la reparación civil en sentencia absolutoria en el nuevo Código Penal. encontrado en: <http://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/617/DER-YAI-HID-15.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Informe 2/97. (1997), Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado en: [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Informe%20N%C2%BA%202-97%20Informe%20sobre%20prisi%C3%B3n%20preventiva%20\(Argentina\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Informe%20N%C2%BA%202-97%20Informe%20sobre%20prisi%C3%B3n%20preventiva%20(Argentina).pdf)

Jescheck, H. (1981), Tratado de derecho penal. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch.

León, C. (2012), La concepción privada de la reparación civil. En: Oré Guardia, Arsenio de. Et al. (dir.). Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 38. Lima: Gaceta Jurídica.

Lorena, V. (2011), Delitos contra la integridad sexual. En: Cornaglia, Carlos A. (dir.). Abuso sexual de menores, criminal plaga. Córdova: Alveroni Ediciones.

Ley Orgánica del Ministerio Público (2016), Perú. Decreto Legislativo Nro. 052. 10 de marzo de 1981. Juristas Editores.

Ley Orgánica del Poder Judicial (2016), Perú. Decreto Supremo Nro. 017-93-jus, 02 de junio de 1993. Juristas Editores.

Mas, B. y Carrasco, M. (2005). Abuso sexual y maltrato infantil. Manual de terapia de conducta en la infancia, Madrid: En M.I. Comeche y M.A. Vallejo Ediciones Pirámide.

Machuca, C. (2004), El agraviado en el nuevo proceso penal peruano. Recuperado en: <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/agraviadoenelncpp.pdf>

Maurach, R. (1962), Tratado de Derecho Penal. España: Ediciones Ariel.

Mendoza, F. (2014), Pretensión punitiva, la conformación del proceso Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Editorial San Bernardo Libros Jurídicos E.I.R.L.

Mesías, C. (2004), Derecho de la persona, dogmática constitucional. Lima: Fondo editorial del congreso del Perú.

Moisset de Espanés, L. (2009), Hechos y actos jurídico. Recuperado en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Hechosyactosjuridicos.pdf>

Morales, C. (2012), La acción civil en el Código Procesal Penal. Recuperado en:

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/efc836004fdf0964901d96541a3e03a6/D_Morales_Cordova_170112.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=efc836004fdf0964901d96541a3e03a6

Morí, J. (2014), El derecho de resarcimiento del daño sufrido por las víctimas de delitos y el Código Procesal Penal Peruano. Recuperado en: <file:///C:/Users/HP-A8-RG/Downloads/514-1076-1-PB.pdf>

Nazira, A. (2016), La acción civil resarcitoria y la casación penal. Recuperado en: <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/comunicados/casacion/Accion%20civil%20resarcitoria%20y%20Casacion.pdf>

Neyra, J. (2010), Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Lima: IDEMSA.

Ojeda, L. (2011), La Culpa In Contrahendo y la Responsabilidad Precontractual en el Código Civil. Disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1139/OJEDA_GUILLEN_LUIS_FERNANDO_CULPA_PRECONTRACTUAL.pdf?sequence=1.

Ortiz, M. (2013), La reparación como tercera vía. Recuperado en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124195/1/DDAFP_OrtizSamayoa_Mar%C3%ADaJos%C3%A9_Tesis.pdf

Orrego, J. (2014), Responsabilidad extracontractual. Delitos y cuasidelito. Recuperado en: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/USUARIO/Mis%20documentos/Downloads/Responsabilidad%20Extracontractual.pdf>

Osterling, F. (2010). Indemnización por Daño Moral. Recuperado en: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>

- Padrón, T. (2013), El concepto de reparación integral a la víctima del delito y su desarrollo en el sistema judicial penal ecuatoriano. Recuperado en: <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/1368/1/09572.pdf>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – PIDCP. (1966), Recuperado en: <http://justiciaygenero.org.mx/wp-content/uploads/2015/03/PIDCP.pdf>
- Petrino, R. (2013). La Convención Americana de Derechos Humanos y su Protección en el Derecho Argentino. En: Alonso Regueira Enrique. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Peña, A. (2009), La complicidad omisiva en los delitos sexuales. En: Oré Guardia, Arsenio. Et.al (dir.). Gaceta penal y procesal penal información especializada para abogados y jueces. Tomo 48. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Peña, A. (2009), Exégesis, nuevo código procesal penal. Segunda edición. Lima: Editorial Rodhas.
- Peña, A. (2007), Derecho penal. Parte general. Segunda Edición. Lima: Editorial Rhodas.
- Peña, R. (1988), Tratado de Derecho Penal, Parte General. 3ra. Ed. Lima: AFA ED.
- Prado, V. (2000) Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Lima: Gaceta Jurídica.
- Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2015), Expediente N° 03025-2015-96-1501-JR-PE-02. Caso Jesús Álvaro Veli Vargas procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales X.L.T.M.

Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2015), Expediente Nro. 03325-2015-43-1501-JR-PE-01. Caso Miguel Ángel Espinal Dávila procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales E.M.T.L.

Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2016), Expediente Nro. 00998-2016-50-1501-JR-PE-01. Caso Luis Alberto Jorge Medrano procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales Y.E.A.P.

Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2016), Expediente Nro. 03259-2016-24-1501-JR-PE-02, Caso José Luis Espinoza Suarez procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales A.L.R.P.

Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2016), Expediente Nro. 01304-2016-61-1501-JR-PE-01. Caso Nilton Maykon Espejo Ramos procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales A.M.K.

Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2017), Expediente Nro. 00015-2017-76-1501-JR-PE-01. Caso Dany Brian Matos Jurado procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales C.K.D.S.

Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2017), Expediente Nro. 00175-2017-61-1501-JR-PE-01. Caso Yimer Romero Hauman procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales M.Z.J.M.

Priori, G. (2014), La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. Citado en: Sotero Garzón, Martín Alejandro. «La efectividad de la tutela jurisdiccional como doctrina constitucional». En: García Belaunde, Domingo (dir.) Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo Nro. 74. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Reátegui, J. (2009), Derecho penal parte general. Lima: Gaceta jurídica.

Ripoll, M. (2013), La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. Recuperado en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-40150301604_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_antijuridicidad_como_requisito_de_la_responsabilidad_civil

Rioja, A. (2000), En defensa de la propiedad indebidamente embargada. Recuperado en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/42d56f804e3b3330806588a826aedadc/8.+Jueces+-+Alexander+Rioja+Berm%C3%BAdez.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=42d56f804e3b3330806588a826aedadc>

Rodríguez, M. (2008), Los principios de la reforma y el título preliminar del nuevo código procesal penal (NCP). En: Echaiz Ramos, Gladys. (dir.). Artículos y ensayos en torno a la reforma del sistema procesal penal y apuntes sobre la justicia constitucional. Volumen Nro. 8. Lima: Academia de la Magistratura.

Rodríguez, Y., Aguiar, B. y García, I. (2009), Consecuencias Psicológicas del Abuso Sexual Infantil, Universidad de Barcelona, Recuperado en: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/eureka/v9n1/a07.pdf>

Roxin, C. (2004), Problemas actuales de dogmática penal. Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Lima: Ara Editores.

Roxin, C. (1999), Pena y reparación». Recuperado en: http://scholar.google.es/scholar?q=claus+roxin+pena+y+reparaci%C3%B3n+&btnG=&hl=es&as_sdt=0%2C5

Ruch, C. y Harter (1980), Life Change and Rape Impact, Victoria: Journal of Health and Social Behavior.

Sánchez, P. (2006), Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: IDEMSA.

San Martín, C. (2006), Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial Grijley.

Salinas, R. (2007), Derecho penal parte especial. Segunda edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura. (1998), Expediente Nro. 3971-98, caso de la señora REQR en agravio NN, por el delito contra la libertad en la modalidad de violación de la libertad sexual.

Sala Penal Transitoria de Junín. (2015), R.N.N° 3425-2013. Caso Eduardo Martínez López procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales M. M. H.

Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2016), Expediente Nro. 002451-2016-7-1501-JR-PE-01. Caso Oscar Raúl Ramos Quispe procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales M.Y.S.H.

Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2016), Expediente Nro. 02659-2016-45-1501-JR-PE-01. Caso Wilfredo Ramos

Escobar procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales R.Q.A.X.

Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2016), Expediente Nro. 01853-2016-39-1501-JR-PE-01. Caso Emerson Salvatierra Zambrano procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales J.R.J.

Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Lima. (1997), Expediente Nro. 2104-97 - Huancavelica. Caso Jorge Ccahuana Gamarra procesado por el delito contra el patrimonio en la modalidad de hurto agravado en agravio de la Compañía Minera Buenaventura Sociedad Anónima- Unidad Julcani.

Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2016), Expediente Nro. 00561-2016-43-1501-JR-PE-02. Caso Benito Ceron Ccancce procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales Y.S.T.F.

Sala Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2011), Acuerdo Plenario Nro. 5-2011/CJ – 116. Constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma.

Sala Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2006), Acuerdo Plenario Nro. 6-2006/CJ – 116. Reparación civil y delitos de peligro.

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. (2019), Casación Nro. 547-2016 – Cusco. Caso Comunidad Campesina de Quisini contra la Sala Penal de Apelaciones de Canchis de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Lima. (1997), Expediente Nro. 559-7-97. Por el delito contra la libertad en la modalidad de violación de la libertad sexual.

Segunda Sala del Tribunal Constitucional. (2005), Expediente N° 4080-2004.AC/TC. ICA. Caso Mario Fernando Ramos Hostia contra la Segunda Sala Mixta de Chincha de la Corte Superior de Justicia de Ica.

Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2015). Expediente N° 03321-2015-53-1501-JR-PE-02. Caso Oscar Wilber Ccaico Soto procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales Y.Q.P.

Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2015). Expediente N° 00554-2016-24-1501-JR-PE-02. Caso Jhon Franklin Solano Javier procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales M.S.B.M.

Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2015). Expediente N° 01496-2016-03-1501-JR-PE-02. Caso Paul Ruy Yupanqui Canchanya procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales F.M.A.N.

Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2016). Expediente N° 01730-2016-64-1501-JR-PE-04. Caso Felipe Vásquez Gamarra procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales T.C.G.

Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2016). Expediente N° 01801-2016-48-1501-JR-PE-02. Caso Jaime Ramos Huacachi procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales V.Y.F.R.

Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2017). Expediente N° 03548-2017-89-1501-JR-PE-02. Caso Belizardo Armas Julca procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales C.H.Ñ.K.

Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2017). Expediente N° 02948-2017-75-1501-JR-PE-02. Caso Ynfer Lindo Morales procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales L.C.C.C.

Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Junín. (2017). Expediente N° 02200-2017-22-1501-JR-PE-04. Caso Eder Glicerio Molina Porras procesado por el delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales S.M.H.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (1997). Caso Loayza Tamayo vs Perú. Recuperado en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (1997). Caso Castillo Páez vs Perú. Recuperado en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (1999). Caso de los Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala. Recuperado en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2000). Caso Cantoral Benavidez vs Perú. Recuperado en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf

Sentencia del Tribunal Constitucional, (2012). Expediente Nro. 03657-2012-PHC/TC. Caso Manuel Edmundo Hernández Flores contra la sentencia de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura.

Silva, S. (2015), La reparación integral al daño en las víctimas en los órganos penales frente a los derechos de tutela efectiva, seguridad jurídica y derecho a la víctima». Recuperado en: <http://186.3.45.37/bitstream/123456789/3588/1/TUAAB021-2016.pdf>

Silva, J. (1992), Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Barcelona: Bosch.

Solarte, A. (2015), La Responsabilidad civil y equidad en el Código Civil Peruano de 1984. Análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. En: J. Borda, Guillermo (dir.). Derecho civil extrapatrimonial y responsabilidad civil. Lima: Gaceta jurídica.

Sotelo, L. (2014). Nulidad de transferencia de bienes para evitar el pago de la reparación civil. Encontrado en: http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8243/SoteloMudarra_L.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Taboada, L. (2003), Elementos de la responsabilidad civil, comentarios a las normas dedicadas por el código civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual. Segunda edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Tamayo, J. (2015), Clasificación de los daños y perjuicios. En: J. Borda, Guillermo (dir.). Derecho civil extrapatrimonial y responsabilidad civil. Lima: Gaceta jurídica.

Torres, A. (2001), Acto jurídico. Segunda edición. Lima: Editorial Idemsa.

Tribunal Constitucional Pleno Jurisdiccional. (2003), Expediente Nro. 1230-2002—HC/TC. Caso César Humberto Tineo Cabrera, 20 de junio de 2002.

Tribunal Constitucional Pleno Jurisdiccional. (2003), Expediente Nro. 0006-2003-IT/TC. Caso de Acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 Congresistas de la República, 01 de diciembre del 2003.

Tribunal Constitucional Pleno Jurisdiccional. (2008), Expediente Nro. 00728-2008-PHC/TC. Caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilares, 13 de octubre del 2008.

Tribunal Constitucional Pleno Jurisdiccional. (2012), Expediente Nro. 00008-2012-PI/TC. Caso de diez mil seiscientos nueve ciudadanos que interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la ley Nro. 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, 12 de diciembre de 2012.

Trazegnies, F. (1987), La responsabilidad extracontractual, Lima: Fondo editorial de PUCP.

Velásquez, F. (1997), Derecho penal. Parte general. Tercera Edición. Bogotá: Temis, 1997.

Viada, C. y Aragonese, P. (1970), Curso de derecho penal. Segunda edición. Tomo II. Madrid: Editorial Prensa Castellana.

Villegas, E. (2013), El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Villegas, E. (2014), La debida motivación de las resoluciones fiscales y su reconocimiento a favor de la víctima del delito. En: García Belaunde, domingo (dir.). Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo Nro. 78. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Von, F. (1916), Tratado de Derecho Penal. Traducido de la 20ª Edición alemana por Luis Jiménez de Asúa. Tomo II, Madrid: Hijos de Reus editores.

VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. (2011), Acuerdo Plenario Nro. 1-2011/CJ-116. Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual.

Zaffaroni, E. (2006), Manual de Derecho Penal Parte General. Segunda edición. Buenos Aires: Editora Comercial, Industria y Financiera S.A.

Zelaya, P. (1995) La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente. Pamplona: Aranzadi.

Anexos

Anexo1: Matriz de Consistencia

Problema	Objetivos	Hipótesis	Metodología
<p>Problema Principal</p> <p>¿Qué factores principales han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no salvaguarde eficazmente <i>la tutela judicial efectiva</i> a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual? un análisis desde su entrada en vigencia en la Corte Superior de Justicia de Junín durante el año judicial de 2015 - 2017.</p>	<p>Objetivo Principal</p> <p>Identificar los factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no salvaguarde eficazmente <i>la tutela judicial efectiva</i> a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual.</p>	<p>Hipótesis Principal</p> <p>Los factores que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no salvaguarde eficazmente <i>la tutela judicial efectiva</i> a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual son:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Los jueces penales al emitir una sentencia condenatoria utilizan criterios de una concepción jurídica pública para establecer la reparación civil de naturaleza jurídica privada que salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctima de violación sexual. - Los jueces penales no utilizan los presupuestos fijados por el Código Civil para determinar la reparación civil prevista en el nuevo Código Procesal Penal en favor de las menores de edad víctimas de violación sexual. 	<ul style="list-style-type: none"> • Tipo y Alcance de la Inv. <ul style="list-style-type: none"> - Tipo. - Descriptivo y explicativo - Alcance. - Descriptivo y explicativo. - Método de la investigación jurídica. argumentativa. - Método de la interpretación jurídica. - Método lógico y sistemático. • Diseño de la Investigación <ul style="list-style-type: none"> - No experimental de corte transeccional • Universo Población y Muestra <ul style="list-style-type: none"> - Universo. -Expedientes judiciales en calidad de consentida o ejecutoriada desde el año judicial del 2015 hasta el 2017, sobre delitos de violación de la libertad sexual, donde la víctima menor de edad por medio de su representante del Ministerio Público o como actor civil
<p>Problemas Específicos</p> <p>¿Qué factores principales han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no determine la cuantía eficazmente a</p>	<p>Objetivos Específicos</p> <p>Identificar los factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no determine la</p>	<p>Hipótesis Específicas</p> <p>Los factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no determina la cuantía eficazmente a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual son:</p>	

Problema	Objetivos	Hipótesis	Metodología
<p>favor de las menores de edad víctimas de violación sexual?</p> <p>¿Qué factores principales han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no se ejecute eficazmente a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual?</p>	<p>cuantía eficazmente a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual.</p> <p>Identificar los factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no se ejecute eficazmente a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Los jueces penales no logran comprender el alcance de los daños y los gastos económicos que genera para una adecuada rehabilitación de los menores de edad víctimas de violación sexual. - Los jueces penales evalúan la cuantía de la reparación civil en base a los bienes y los ingresos económicos que percibe el sentenciado del delito de violación sexual. - La omisión de motivar en los requerimientos fiscales y en las sentencias judiciales a efectos de determinar la cuantía de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual. <p>Los factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no se ejecuta eficazmente a favor de las menores de edad víctimas de violación sexual son:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La falta de bienes e ingresos económicos del sentenciado que no permite la ejecución de la sentencia que ordena el pago de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual. - El desinterés por parte del sentenciado y del Estado a efectos de cubrir la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual. 	<p>pretendiendo la reparación civil en la Corte Superior de Junín.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Población. - Expedientes judiciales en calidad de consentida o ejecutoriada desde el año judicial del 2015 al 2017, que trata sobre delitos de violación de la libertad sexual en agravio de mujeres menores entre 08 y 13 años de edad, que por medio de los representantes del Ministerio Público o como actor civil pretendiendo la reparación civil en los juzgados penales de Huancayo. - Muestra. - Elegir expedientes judiciales de forma no probabilístico intencional, y la cantidad por determinar. <ul style="list-style-type: none"> • Técnica e Instrumento de Recolección de Datos <ul style="list-style-type: none"> - Análisis documental - Ficha de recolección de datos • Técnica de Análisis de Datos <ul style="list-style-type: none"> - Se explicará según lo precisado en el instrumento utilizado.
<p>Variables o Categorías de Estudio</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Reparación civil. - Tutela judicial efectiva. - Menor de edad víctima de violación sexual. 		

Anexo 2: Ficha de Recolección de Datos

TEMA: Factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctima de violación sexual. Análisis de casos en la Corte Superior de Justicia de Junín durante el año Judicial 2015 – 2017.

1. DATOS GENERALES:

EXPEDIENTE: _____
JUZGADO: _____
DELITO: _____
IMPUTADO: _____
EDAD: _____
INICIALES DE LA AGRAVIADA: _____ EDAD: _____
ACTO PROCESAL CONCLUIDO: _____

2. DATOS PARTICULARES:

2.1. ACTOR CIVIL

¿Cuenta con Actor Civil?

Si

No

¿El actor civil qué cuantía pretende el por concepto de reparación civil?

¿Cuáles son los fundamentos de la reparación civil por parte del actor civil?

2.2. EL MINISTERIO PÚBLICO (En caso que no hay constitución de actor civil)

¿El Ministerio Público que cuantía requiere por concepto de reparación civil a favor de la víctima?

¿Se ha motivado el requerimiento fiscal a efectos de determinar la cuantía de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual?

¿Cuáles son los fundamentos de la reparación civil en la acusación fiscal?

2.3. EL JUEZ

¿Cuál es la cuantía fijada en la sentencia por concepto de reparación civil?

¿Cuál es la motivación en la sentencia sobre la reparación civil fijado por el juzgador?

¿Qué criterios utilizo el Juez para determinar la reparación civil?

¿En la sentencia se ha utilizado los presupuestos fijados por el Código Civil para determinar la responsabilidad civil?

¿La sentencia ha motivado sobre el alcance del daño de la víctima de agresión sexual y los gastos económicos que genera una adecuada rehabilitación?

¿Se fijó la reparación civil en base a los bienes e ingresos económicos que percibe el sentenciado del delito de violación sexual?

¿La sentencia ha motivado para determinar la cuantía de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual?

2.4. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

¿A qué se dedicó el sentenciado?

¿En el transcurso del proceso se logró determinar que bienes muebles o inmuebles contaba el sentenciado?

¿El sentenciado ha cumplido con pagar la reparación civil a favor de la víctima?

¿Se ha interpuesto una medida cautelar real contra los bienes del sentenciado a efectos de asegurar el pago de la reparación civil?

Anexo 3: Certificación de Validación de Instrumento

ANEXO 3: CERTIFICACIÓN DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS

Factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctima de violación sexual. Análisis de casos en la Corte Superior de Justicia de Junín durante el año Judicial 2015 – 2017.

N°	DIMENSIONES	Pertinencia ¹		Relevancia ²		Claridad ³		Sugerencias
		si	no	si	no	si	no	
01	¿El actor civil qué cuantía pretende el por concepto de reparación civil?	X		X		X		
02	¿Cuáles son los fundamentos de la reparación civil por parte del actor civil?	X		X		X		
03	¿El Ministerio Público que cuantía requiere por concepto de reparación civil a favor de la víctima? (En caso que no hay constitución de actor civil)	X		X		X		
04	¿Se ha motivado el requerimiento fiscal a efectos de determinar la cuantía de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual?	X		X		X		
05	¿Cuáles son los fundamentos de la reparación civil en la acusación fiscal?	X		X		X		
06	¿Cuál es la cuantía fijada en la sentencia por concepto de reparación civil?	X		X		X		
07	¿Cuál es la motivación en la sentencia sobre la reparación civil fijado por el juzgador?	X		X		X		
08	¿Qué criterios utilizó el Juez para determinar la reparación civil?	X		X		X		
09	¿En la sentencia se ha utilizado los presupuestos fijados por el Código Civil para determinar la responsabilidad civil?	X		X		X		
10	¿La sentencia ha motivado sobre el alcance del daño de la víctima de agresión sexual y los gastos económicos que genera una adecuada rehabilitación?	X		X		X		
11	¿Se fijó la reparación civil en base a los bienes e ingresos económicos que percibe el sentenciado del delito de violación sexual?	X		X		X		
12	¿La sentencia ha motivado para determinar la cuantía de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual?	X		X		X		
13	¿A qué se dedicó el sentenciado?	X		X		X		


 Dr. Antonio L. Osorio Tapia
 ABOGADO
 C. A. J. NRS

14	¿En el transcurso del proceso se logró determinar que bienes muebles o inmuebles contaba el sentenciado?	X		X		X	
15	¿El sentenciado ha cumplido con pagar la reparación civil a favor de la víctima?	X		X		X	
16	¿Se ha interpuesto una medida cautelar real contra los bienes del sentenciado a efectos de asegurar el pago de la reparación civil?	X		X		X	

Observaciones (precisar si hay suficiencia) El instrumento se encuentra óptimo para ser aplicado.

Opinión de aplicabilidad: Aplicable (X) Aplicable después de corregir () No aplicable ()

Apellidos y nombres del juez validador: Dr/Mg. Dr. Antonio Leopoldo Oscovilca Tapia

DNI: 20116978

Especialidad del validador: Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos Dr. En Derecho

Huancayo 10 de Mayo de 2018


 Dr. Antonio L. Oscovilca Tapia
 ABOGADO

Firma y sello del experto informante

1 Pertinencia: El ítem corresponde al concepto técnico formulado.

2. Relevancia: El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo.

3. Claridad: Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

Nota: Suficiencia, se dice suficiencia cuando los ítems planeados son suficientes para medir la dimensión

ANEXO 3: CERTIFICACIÓN DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS

Factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no salvaguarde eficazmente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctima de violación sexual. Análisis de casos en la Corte Superior de Justicia de Junín durante el año Judicial 2015 – 2017.

N°	DIMENSIONES	Pertinencia ¹		Relevancia ²		Claridad ²		Sugerencias
		si	no	si	no	si	no	
01	¿El actor civil qué cuantía pretende el por concepto de reparación civil?	X		X		X		
02	¿Cuáles son los fundamentos de la reparación civil por parte del actor civil?	X		X		X		
03	¿El Ministerio Público que cuantía requiere por concepto de reparación civil a favor de la víctima? (En caso que no hay constitución de actor civil)	X		X		X		
04	¿Se ha motivado el requerimiento fiscal a efectos de determinar la cuantía de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual?	X		X		X		
05	¿Cuáles son los fundamentos de la reparación civil en la acusación fiscal?	X		X		X		
06	¿Cuál es la cuantía fijada en la sentencia por concepto de reparación civil?	X		X		X		
07	¿Cuál es la motivación en la sentencia sobre la reparación civil fijado por el juzgador?	X		X		X		
08	¿Qué criterios utilizó el Juez para determinar la reparación civil?	X		X		X		
09	¿En la sentencia se ha utilizado los presupuestos fijados por el Código Civil para determinar la responsabilidad civil?	X		X		X		
10	¿La sentencia ha motivado sobre el alcance del daño de la víctima de agresión sexual y los gastos económicos que genera una adecuada rehabilitación?	X		X		X		
11	¿Se fijó la reparación civil en base a los bienes o ingresos económicos que percibe el sentenciado del delito de violación sexual?	X		X		X		
12	¿La sentencia ha motivado para determinar la cuantía de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual?	X		X		X		
13	¿A qué se dedicó el sentenciado?	X		X		X		


Mg. HECTORA VIVALDO VASQUEZ
C.A.J. 1721

14	¿En el transcurso del proceso se logró determinar que bienes muebles o inmuebles contaba el sentenciado?							
15	¿El sentenciado ha cumplido con pagar la reparación civil a favor de la víctima?							
16	¿Se ha interpuesto una medida cautelar real contra los bienes del sentenciado a efectos de asegurar el pago de la reparación civil?							

Observaciones (precisar si hay suficiencia): INTRODUCCION OPTIMO PARA SU DEPUTACION

Opinión de aplicabilidad: Aplicable (X) Aplicable después de corregir () No aplicable ()

Apellidos y nombres del juez validador: Dr/Mg: MS. HECTOR ANTONIO VASQUEZ

DNI: 19806882

Especialidad del validador: MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

Huancayo, 10 de MAYO de 2019

MS. HECTOR ANTONIO VASQUEZ

Firma y sello del experto informante

1 **Pertinencia:** El ítem corresponde al concepto teórico formulado.

2. **Relevancia:** El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo.

3. **Claridad:** Se entienda sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

Nota: Suficiencia, se dice suficiencia cuando los ítems planeados son suficientes para medir la dimensión.

ANEXO 3: CERTIFICACIÓN DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS

Factores principales que han incidido para que la reparación civil prevista en el Nuevo Código Procesal Penal no salvaguarde efectivamente la tutela judicial efectiva a favor de las menores de edad víctima de violación sexual. Análisis de casos en la Corte Superior de Justicia de Junín durante el año Judicial 2015 - 2017.

N°	DIMENSIONES	Pertinencia ¹		Relevancia ²		Claridad ³		Sugerencias
		si	no	si	no	si	no	
01	¿El actor civil qué cuantía pretende el por concepto de reparación civil?							
02	¿Cuáles son los fundamentos de la reparación civil por parte del actor civil?	X		X		X		
03	¿El Ministerio Público que cuantía requiere por concepto de reparación civil a favor de la víctima? (En caso que no hay constitución de actor civil)	X		X		X		
04	¿Se ha motivado el requerimiento fiscal a efectos de determinar la cuantía de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual?	X		X		X		
05	¿Cuáles son los fundamentos de la reparación civil en la acusación fiscal?	X		X		X		
06	¿Cuál es la cuantía fijada en la sentencia por concepto de reparación civil?	X		X		X		
07	¿Cuál es la motivación en la sentencia sobre la reparación civil fijado por el juzgador?	X		X		X		
08	¿Qué criterios utilizó el Juez para determinar la reparación civil?	X		X		X		
09	¿En la sentencia se ha utilizado los presupuestos fijados por el Código Civil para determinar la responsabilidad civil?	X		X		X		
10	¿La sentencia ha motivado sobre el alcance del daño de la víctima de agresión sexual y los gastos económicos que genera una adecuada rehabilitación?	X		X		X		
11	¿Se fijó la reparación civil en base a los bienes e ingresos económicos que percibe el sentenciado del delito de violación sexual?	X		X		X		
12	¿La sentencia ha motivado para determinar la cuantía de la reparación civil a favor de la víctima de violación sexual?	X		X		X		
13	¿A qué se dedicó el sentenciado?	X		X		X		


ING. PIERRE M. VINNCO NUÑEZ
 C.A.J. 3680

14	¿En el transcurso del proceso se logró determinar que bienes muebles o inmuebles contaba el sentenciado?	X		X		X	
15	¿El sentenciado ha cumplido con pagar la reparación civil a favor de la víctima?	X		X		X	
16	¿Se ha interpuesto una medida cautelar real contra los bienes del sentenciado a efectos de asegurar el pago de la reparación civil?	X		X		X	

Observaciones (precisar si hay suficiencia) El constructo se releva para su aplicación

Opinión de aplicabilidad: Aplicable (X) Aplicable después de corregir () No aplicable ()

Apellidos y nombres del juez validador: Dr/Mg: José Pierra Sáenz Torres Alvaréz

DNI: 9.547.6179

Especialidad del validador: Legista en Procesos con atención en Política Social

10 de mayo de 2019


Mg. PIERRE N. VINICIO NÚÑEZ
C.A. 2.3680

Firma y sello del experto informante

1 **Pertinencia:** El ítem corresponde al concepto técnico formulado.

2. **Relevancia:** El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo.

3. **Claridad:** Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo.

Nota: Suficiencia, se dice suficiencia cuando los ítems planeados son suficientes para medir la dimensión