

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS

“CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL DAÑO PSÍQUICO Y DEL DAÑO MORAL A EFECTOS DE PRECISAR EL QUANTUM DE LA REPARACIÓN CIVIL EN VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS EN LA CIUDAD DE CAJAMARCA AÑOS 2009 A 2011”

Presentada por:

RONALD PERCY ALVAREZ CORTIJO

Asesor:

M Cs. ROBERT CABRERA VARGAS

CAJAMARCA, PERÚ

2014

COPYRIGHT © 2014 by
RONALD PERCY ALVAREZ CORTIJO
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS APROBADA:

“CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL DAÑO PSÍQUICO Y DEL DAÑO MORAL A EFECTOS DE PRECISAR EL QUANTUM DE LA REPARACIÓN CIVIL EN VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS EN LA CIUDAD DE CAJAMARCA AÑOS 2009 A 2011”

Presentada por:

RONALD PERCY ALVAREZ CORTIJO

Comité Científico

M.Cs. Roberth Cabrera Vargas
Asesor

Dr. Elfer Miranda Valdivia
Miembro de Comité Científico

Mg. Nixon Castillo Montoya
Miembro de Comité Científico

Dr. Jorge Salazar Soplapuco
Miembro de Comité Científico

Cajamarca, Perú

2014



Universidad Nacional de Cajamarca

Escuela de Post Grado

CAJAMARCA - PERU

PROGRAMA DE MAESTRIA

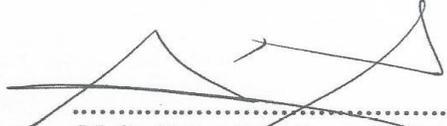
ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

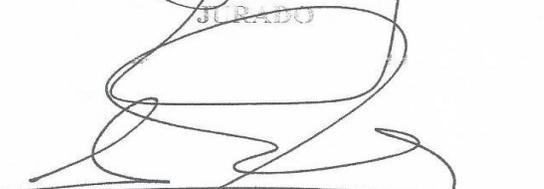
Siendo las 6.20 de la tarde del día 16 de enero del año dos mil catorce, reunidos en el Auditorium de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el Dr. **ELFER MIRANDA VALDIVIA** en representación de la Directora y como Jurado, **M.Cs. ROBERTH CABRERA VARGAS**, en calidad de Asesor; **Mg. JORGE SALAZAR SOPLAPUCO**, **M.Cs. NIXON CASTILLO MONTOYA**, como integrantes del Jurado Titular. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la **SUSTENTACIÓN** de la Tesis titulada "**CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL DAÑO PSÍQUICO Y DAÑO MORAL A EFECTOS DEL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS EN LA CIUDAD DE CAJAMARCA AÑOS 2009-2011**", presentada por el Abogado **RONALD PERCY ALVAREZ CORTIJO**, con la finalidad de optar el Grado Académico de **MAESTRO EN CIENCIAS**, Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

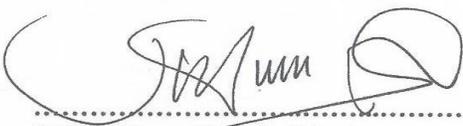
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Comité Científico, y luego de la deliberación, se acordó Aprobar con la calificación de Magna Cum Laude (17) la mencionada Tesis; en tal virtud, el Abogado **RONALD PERCY ALVAREZ CORTIJO** está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 7.40 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Elfer Miranda Valdivia
JURADO


.....
M.Cs. Roberth Cabrera Vargas
ASESOR


.....
Mg. Jorge Salazar Soplapuco
JURADO


.....
M.Cs. Nixon Castillo Montoya
JURADO

A mis padres. Mery y Manfredo

A Santiaguito y Paola.

Quiero expresar mi agradecimiento:

A mi Asesor de Tesis, Dr. Robert Cabrera Vargas, por su generosidad al brindarme la oportunidad de recurrir a su capacidad y experiencia científica en un marco de confianza, afecto y amistad, fundamentales para la concreción de este trabajo.

A mi señora por su cariño, comprensión y constante estímulo.

A mi hijo por ser el motivo de mi vida.

Pensamiento.

“Los Estados no pueden promover la seguridad en detrimento de los derechos humanos, más bien al contrario, deben asegurar a todas las personas el disfrute pleno de sus derechos”

Joaquín Pérez Villanueva y Tovar (abril 2002) Jefe de la Delegación Española en nombre de la Unión Europea.

TABLA DE CONTENIDOS.

COMITÉ CONSULTIVO.

DERECHOS DE AUTOR.

DEDICATORIA.

AGRADECIMIENTO.

PENSAMIENTO.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I.

ASPECTO METODOLÓGICO.

1. Descripción y análisis de la realidad Problemática.
2. Ámbito espacial y temporal de la investigación.
3. Enunciado del problema.
4. Justificación.
5. Determinación de variables.
6. Hipótesis general.
7. Objetivos.
 - 1.7.1. Objetivo General.
 - 1.7.2. Objetivos Específicos.
8. Diseño Metodológico de la Investigación.

- 1.8.1. Métodos Empleados.
- 1.8.2. Técnicas empleadas.
 - 1.8.2.1. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia.
 - 1.8.2.2. Análisis de Derecho Comparado.
 - 1.8.2.3. Muestreo.

CAPITULO II. LA VICTIMA COMO SUJETO PROCESAL

2.1. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

2.1.1. Del derecho probatorio.

2.1.2. De la participación de la víctima en el procedimiento penal.

2.1.3. De la tutela de la víctima en el procedimiento penal.

CAPÍTULO III.

3.1. Responsabilidad Civil y Responsabilidad Penal.

3.1.1. Entre la acción penal y acción civil.

3.1.2. La acción civil resarcitoria en el proceso penal.

3.1.3. Ejercicio de la acción resarcitoria por el actor civil.

3.1.4. La acción resarcitoria y el Ministerio Público.

3.1.5. Naturaleza jurídica de la reparación civil ex delicto.

CAPÍTULO IV. El daño psicológico y el daño moral.

4.1.. La contienda entre el daño moral y el daño a la persona.

4.2.. El daño psíquico o daño psicológico.

4.3.. Daño moral?

4.4.. Crítica al rótulo de "daño a la persona."

4.5.. Cuáles son los criterios que deben aplicarse al determinar el monto del pago que debe ser asumido por el responsable?.

CAPÍTULO V.

Contrastación de la Hipótesis.

4.1. Crítica.

INTRODUCCIÓN.

Las víctimas de delitos violentos frente a la importancia concedida al procesado, han sido sistemáticamente postergadas, padeciendo cierto olvido en el ámbito del derecho penal y procesal, así como también en la planificación de la política criminal. Consecuentemente, sufren además del daño físico, material, moral o psicológico provocado por el hecho criminoso, un proceso de victimización secundaria derivada de un inadecuado tratamiento procesal, en el que entre otras experiencias se ven reiteradamente postergadas en su búsqueda de una justicia, especialmente a efectos de obtener una reparación civil, acorde con su concreta contingencia, que expresa de manera coherente, razonada y veraz la situación dolorosa a fin de superarla con la búsqueda de la paz social en justicia.

En este contexto, se puede afirmar, que el nuevo sistema procesal penal busca restablecer, dentro del proceso, la posición que la víctima había perdido dentro del mismo, como consecuencia de la adopción del sistema de tipo inquisitivo. En este sentido, el nuevo proceso penal pretende lograr un adecuado respeto a la dignidad personal de la víctima y evitar que se genere la denominada "victimización secundaria".

La transformación de la justicia penal a la que se hace referencia, ha exigido al órgano estatal establecer las condiciones necesarias que la nueva estructura de los procesos penales exige. En este sentido una nueva obligación de los órganos estatales está en brindar protección y seguridad necesaria a los intervinientes en el proceso penal, en especial a víctimas.

El Derecho Penal tiene por misión la protección de bienes jurídicos; ya que en toda norma jurídico penal, subyacen juicios de valor positivos

sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad; que son por lo tanto merecedores de protección a través del poder coactivo o punitivo del estado representado por la pena pública, para de ese modo lograr la paz social en la comunidad. Actualmente, si bien es de aceptación por gran parte de la comunidad jurídica el que la reparación civil implique la reparación del daño y la indemnización por los perjuicios materiales y morales, y que esté en función de las consecuencias directas y necesarias que el delito generó a la víctima, esta tendencia no se ve reflejada en criterios de determinación de una reparación civil, específicamente en el caso de daño moral y daño psicológico.

RESUMEN

La presente tesis se ocupa de cuestiones problemáticas relacionadas con la determinación del quantum de la reparación civil, a partir de conceptos como son el daño psicológico o moral, con especial referencia a los casos de víctimas de delitos violentos. El Capítulo I nos muestra, en primer lugar, la realidad problemática, para luego precisar la metodología aplicada a lo largo de su desarrollo, en el cual se define de manera clara el problema a abordar, su relación con las variables, hipótesis y los diversos instrumentos metodológicos que han sido utilizados para construir el marco teórico, recopilar datos, sistematizar e interpretar los datos adquiridos en sus distintas fuentes y contrastar las hipótesis.

El Capítulo II aborda el tema de la víctima de delitos violentos, precisando su marco normativo, para luego remitirnos a la victimología, como disciplina cuyo objeto de estudio es la víctima y su relación como sujeto procesal, otorgándole un papel central, al lado del investigado en el proceso penal y su derecho a una reparación civil integral.

El Capítulo III señala el tópico de la reparación civil, haciendo una distinción entre la acción civil y la acción penal, refiriéndose a la acción civil en el proceso penal, para luego ahondar en el ejercicio de la acción resarcitoria por el actor civil, sin descuidar el deber de este ejercicio por parte del Ministerio Público. Por último, desarrolla el tópico de la naturaleza jurídica de la reparación civil ex delicto, destacando dos tendencias doctrinales, la reparación como una reparación civil de contenido penal y aquella que propugna su carácter civil.

El Capítulo IV se refiere al daño psicológico y al daño moral, definiendo ambos tipos de daños y rescatando el debate existente entre

un sector de la doctrina representado por el Doctor Carlos Fernández Sessarego, quien defiende el concepto de daño a la persona, en desmedro del daño moral, y su contraparte, el Doctor Leysser León, quien defiende la existencia del daño moral y la crítica de la existencia del concepto de daño moral, por sobre el concepto de daño a la persona, y asimismo, distingue entre el concepto de daño moral y daño psicológico, definiendo en ambos casos criterios de determinación de ambos daños, para efectos de sustentar un quantum indemnizatorio.

Luego, en el mismo Capítulo IV se desarrolla la fase consistente en la verificación y contrastación de la hipótesis. Este es el momento en el que el investigador recopila los datos relevantes que le permiten concluir si la hipótesis debe ser aceptada o rechazada. Para lo cual se procedió a analizar las resoluciones judiciales del distrito judicial de Cajamarca, así como se procedió a realizar entrevistas a Magistrados del mencionado distrito, producto de lo cual se puede apreciar que prima un criterio de determinación del quantum de la reparación civil en víctimas de delitos violentos, que es el criterio de libre arbitrio judicial, en cual es insuficiente para sustentar de manera motivada, razonable y coherente con la realidad, la reparación civil que tiene su raíz en un daño psicológico y moral, asumiendo también que de estos dos conceptos, el primero no es utilizado por los Magistrados, siendo el concepto de daño moral el utilizado para sustentar un monto indemnizatorio.

ABSTRACT

The present thesis deal with problematic questions related to the determination of the quantum of the civil repair with special reference to the victims` cases of violent crimes. The chapter I shows us first, the problematic reality, then to need the methodology applied along his development, in which the problem is defined in a clar way to approaching, his relation with the variables, hypothesis, and the diverse methodological instruments that have been used to construct the theoretical frame, to compile information, to systematize in interpreting the information acquired in his different sources and confirming the hypothesis.

The chapter I, we shows us first, the problematic reality, then to need the methodology applied along his development, in which the problem is defined in a clear way to approaching, his relation with the variables, hypothesis, and the diverse methodological instruments that have been used to construct the theoretical frame, to compile information, to systematize in interpreting he information acquired in his different sources and confirming the hypothesis.

The chapter II approaches the topic of the victim of violent crimes, needing his normative frame, then us to send to the victimology as discipline which object of study is the victim, in relation with the victim as procedural subjet, granting a central paper to him next to the investigated one in the penal process and his right to a civil integral repair.

The chapter III indicates the topic of the civil repair, doing a distinction between the civil action and the penal action; the civil action and the penal process, then to go deeply in to the exercise of the action

for the civil actor, without neglecting the duty of this exercise on the part of the attorney general's office. Finally, it develops the topic of the juridical nature of the civil repair ex - delicto emphasizing two doctrinal trends, the civil repair as a civil repair of penal content and that one that supports his civil character.

The chapter IV refers to the psychological hurt and to the moral hurt, defining to both types of hurts, and rescuing the existing between a sector of the doctrine represented by the Dr. Carlos Fernandez Sessarego, who defends the concept of hurt to the person, in decline of the moral hurt, and his counterpart, the Dr. Leysser León, who defends the existence of the moral hurt and criticizes the existence of the concept of hurt to the person. The author of the thesis chooses the concept of moral hurt, for on the concept of hurt to the persona and likewise, it distinguishes between the concept of moral hurt and psychological hurt, defining in both cases criterion of determination of both hurts, for effects of sustaining a quantum indemnizatory.

In this chapter last phase consisting of the check develops or contrastation of hypothesis. This one is the moment in which the investigator compiles the relevant information that they allow him to conclude if the hypothesis must be agreed or rejected. For which one proceeded to analyze the judicial resolutions of Cajamarca`s judicial district, as well as one proceed to realize interviews to justices of the mentioned district, product of which it is possible to estimate that is gives priority to a criterion of determination of the quantum of the civil repair, in victims of violent crimes, which it is the criterion of free judicial arbitrament, which is insufficient to sustain in a psychological an moral hurt, assuming also that of these two concepts the first one is not used

by the justices, being the concept of moral hurt, used to sustain an amount indemnizatory.

"Criterios de determinación del daño psíquico y del daño moral a efectos de precisar el monto de reparación civil en víctimas de delitos violentos, en la ciudad de Cajamarca – años 2009 a 2011."

CAPÍTULO I.
ASPECTO METODOLÓGICO.

1. Descripción y análisis de la realidad Problemática.

La reparación civil comprende la reparación del daño y la indemnización por los perjuicios materiales y morales, encontrándose en función de las consecuencias directas y necesarias que el delito generó en la víctima; bajo estos parámetros la estimación de la cuantía de la reparación civil debe ser razonable y prudente, a fin de cubrir los fines reparadores asignados a dicha institución.¹

Asimismo, la reparación civil debe guardar proporción con la afectación del bien jurídico tutelado, esta reparación civil debe corresponder normalmente a la atención del daño material, moral y en algunos casos al daño al proyecto de vida; sin embargo, en la práctica se observa que los operadores jurídicos no distinguen entre lo que es el daño moral y el daño psicológico, por lo que a efectos del cálculo de la reparación civil sólo se evalúa, por una parte el daño material, reparable económicamente por medio de la entrega de un bien material de igual o similar entidad al bien destruido o devaluado y por otro se cumple con resarcir el daño moral con una cantidad monetaria simbólica, (o en otros casos exorbitante), graduable a criterio del Juzgador, que muchas veces parece insuficiente a los ojos de los agraviados, sin detenerse en el hecho que en casos de delitos violentos, generalmente no se toma en cuenta el daño psicológico generado.

¹ En: Estudio Crítico de los Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema. Gaceta Penal & Procesal Penal. Primera Edición. Octubre de 2009. Editorial El búho .S.A. pp. 149.

Los delitos violentos son sucesos negativos, vividos en forma brusca, que generan terror e indefensión, ponen en peligro la integridad física o psicológica de una persona y dejan a la víctima y/o agraviado(s) en tal situación emocional que es incapaz de afrontarla con sus recursos psicológicos habituales.

La importancia de la evaluación del daño psíquico sufrido en las víctimas radica en que con ella se tipifica y diferencia el tipo de daños, se establece una compensación adecuada o se determina la incapacidad laboral; empero habitualmente se hace referencia a los daños somáticos que son las llamadas lesiones corporales sin prestar atención a la valoración de los daños psíquicos.

Los sucesos generadores del daño psicológico suelen ser la amenaza a la propia vida o a la integridad psicológica, una lesión física grave, la percepción del daño como intencionado y la pérdida violenta de un ser querido.

El daño psicológico se refiere, por un lado, a las lesiones psíquicas producidas por un delito violento; y por otro a las secuelas emocionales que pueden persistir en la víctima de forma crónica y que interfieren negativamente en su vida cotidiana. Lo que está alterado, en definitiva, es la capacidad de afrontamiento y de adaptación de la víctima a la nueva situación.

Una de las interrogantes del presente trabajo consiste en discernir si la lesión psíquica debe sustituir al daño moral, por considerarse éste último como una noción más imprecisa, subjetiva y que implica más una percepción de perjuicio a los bienes inmateriales del honor o de la libertad que el sufrimiento psíquico propiamente dicho, o si tal como lo sugiere un sector de

la doctrina, el daño psíquico debe ser absorbido por el concepto de daño moral, o si ambos deben conformar conceptos distintos y valorados para su reparación. Esta inquietud tiene su razón de ser en el hecho que en no pocas ocasiones se tergiversa el concepto de daño moral hasta hacerlo equivalente al daño psicológico.²

Por otra parte, de la mano al tema sustantivo, surge el tema probatorio, dentro de éste el objetivo de los dictámenes periciales en las víctimas de los delitos violentos es valorar el daño psicológico existente, así como determinar la validez del testimonio. Respecto a la evaluación del daño psicológico, el informe forense tiene como objetivo en unos casos probar la existencia del delito; en otros, reparar el daño causado a la víctima.

El caso de la señora Alanya Sánchez es un caso de lesiones graves por violencia familiar que podemos citar a continuación, para ilustrar la idea que da inicio a nuestra tesis. "Según la resolución de 31 de julio de 2010, emitida por el juez especializado en lo penal, Dr. Enriquez Sotelo, se advierte que el 28 de julio de 2010 a las 3 de la madrugada el investigado señor Jaime Sal y Rosas y la agraviada Alanya Sánchez sostuvieron una acalorada discusión en el interior de su inmueble ubicado en el Distrito del Rímac y en cuya ocasión el investigado aprovechó un descuido de la agraviada y cogió una olla con agua hervida para luego lanzarle su contenido en el rostro y parte del cuerpo de la agraviada, causándole quemaduras de segundo grado en la cara, cuello, torso y brazo izquierdo, luego del cual el investigado procedió a darse la

² (...) el daño moral que es la afectación psicológica que sufre la víctima. Op. Cit. Pp. 149.

fuga. En la mencionada resolución judicial, el referido juez dispone la devolución de la denuncia formalizada por el Fiscal Provincial de Turno el cual, frente a los hechos expuestos denunció por lesiones graves en agravio de la señora Alanya Sánchez. La fundamentación del juez es literalmente como se transcribe:

Que conforme fluye del tenor de la denuncia penal promovida por la representante del Ministerio Público, por el delito contra la vida el cuerpo y la salud- lesiones graves, de la revisión de actuados, se tiene que en la indicada denuncia obra el Certificado Médico Legal practicado a la agraviada Elizabeth Alanya Sánchez de fojas diez en la misma que concluye: *"para poder pronunciarnos se requiere informe médico detallado del hospital Loayza, siendo que dicho pronunciamiento médico legal constituye en este tipo de acciones penales un requisito de procedibilidad, sin el cual no se podría instaurar una investigación judicial por la naturaleza del tipo penal incoado y no sólo para determinar la gravedad de las lesiones sino también la existencia de las mismas ..."*³. Entendemos que el Juzgador requería de un medio de prueba que exprese un fundamento básico para calificar las lesiones como graves, dado que en el caso concreto el certificado médico remitido a su Despacho arrojaba lesiones leves; sin embargo, no se hizo alusión alguna a una necesaria valoración del daño psíquico causado, el mismo que habría dado lugar a lesiones graves de naturaleza psíquica producidas en la víctima en razón de la magnitud de las lesiones físicas inferidas.

³ <http://enfoquederecho.com/la-deslegitimacion-de-los-jueces-a-proposito-del-caso-de-la-senora-alanya-sanchez-quemada-por-su-pareja/>

A nivel de Investigación preparatoria, la Fiscal Liz Benavides Vargas informó que ha denunciado a Jaime Salirrosas, quien quemó el rostro de su esposa, por lesiones leves.

Es obvio que la fiscal no está considerando para nada las graves lesiones psicológicas que esta mujer llevará consigo por recibir semejante maltrato de su pareja y tener que llevar en adelante las huellas de esta agresión en la cara. En este sentido, parece oportuno destacar, que ya en el Mensaje del Código Procesal Penal, se señalaba que el Nuevo Proceso Penal, busca promover los intereses de la víctima y asegurar sus derechos. Al respecto, el nuevo sistema procesal, confiere a la víctima y al testigo el carácter de Sujeto Procesal y de interviniente en el proceso

2. Ámbito espacial y temporal de la investigación.

La presente investigación se encuentra enmarcada bajo los siguientes parámetros:

Ámbito espacial.

La investigación se ha desarrollado dentro del distrito judicial de Cajamarca: Específicamente a nivel de Corte Superior de Cajamarca y a nivel de las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de Cajamarca.

- En la ciudad de Cajamarca, en los Juzgados Unipersonales, Juzgados de Investigación Preparatoria y Colegiado; así como también se ha tomado en cuenta los Juzgados Penales Liquidadores.
- En la ciudad de Cajamarca, en la Sede Central del Ministerio Público, en las distintas Fiscalías especializadas en lo Penal.

Ámbito temporal.

La investigación que nos ocupa se ha llevado a cabo tomando en consideración el intervalo de tiempo comprendido entre los años 2009 a 2011.

3. Enunciado del problema.

¿ Determinar cuáles son los criterios adecuados de determinación del daño psíquico y moral a efectos de establecer el pago de la reparación civil en víctimas de delitos violentos en la ciudad de Cajamarca, entre los años 2009 a 2011?.

4. Justificación.

El Código Procesal Penal ha partido de las orientaciones y lineamientos que procuran garantizar los derechos humanos en el marco de los principios de no discriminación, la igualdad entre las partes, la racionalidad del proceso y el resguardo del derecho de la libertad humana. En este sentido, el principio de la igualdad de las partes y el principio de igualdad ante la ley constituyen elementos de orientación en el tratamiento a las partes en el Sistema de Administración de Justicia que debe ser tomado en cuenta por los jueces y el Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones.

Este principio tiene carácter integral, es decir, atraviesa todo el Sistema Procesal Penal. Tanto las víctimas como imputados (as) concurren en el proceso penal en igualdad de condiciones, esto quiere decir, que para la garantía de los derechos de ambos, es necesario crear condiciones objetivas que les permita participar.

De acuerdo con el principio establecido en el Artículo doce del Código Procesal Penal relativo a la igualdad entre las partes corresponde a los jueces establecer las condiciones para el pleno e irrestricto ejercicio de sus facultades y derechos. Entre los derechos reconocidos a las víctimas directamente relacionados con el tema, se encuentran:

Derecho a ser informado: las víctimas tienen derecho a ser informadas en torno a los derechos que les asisten y le reconocen las leyes penales y procesales; la información debe estar centrada en: la ocurrencia de los hechos, posibles agentes del hecho (autor/a, cómplices, reincidentes), situaciones anteriores al hecho, circunstancias, gestiones procesales, etc.; la información no puede ser simplista, ni culpabilizadora y debe ser dada u autorizada por la autoridad que tiene en ese momento el control del proceso; debe ser abierta y libre de vicios, no capciosa. Un ejemplo de ello sería el notificar al agraviado para que concurra a la División Médico Legal del Ministerio Público a fin de someterse a un peritaje psicológico que permita la obtención de conclusiones respecto a la posible existencia de daño psicológico.

Derecho a ser escuchado: este derecho consiste en que las víctimas de un crimen o delito deben ser escuchadas por las autoridades y funcionarios del Sistema de Justicia Penal, en torno a las informaciones que tienen sobre un hecho, la ocurrencia de los acontecimientos, datos, circunstancias en que ocurrieron, las cuales deben ser ofrecidas a las autoridades correspondientes. (declaración).

El derecho de participación de la víctima: Este consiste en actuar e intervenir durante el proceso de investigación así como ante la instancia jurisdiccional correspondiente. El derecho a la participación de la víctima tiene que ser responsable, activo y colaborador por parte de esta. Así como el investigado es obligatoriamente protegido en sus derechos por un abogado defensor, asegurando su derecho a la defensa técnica, debería ser obligatoria la constitución en actor civil del agraviado, a efectos de salvaguardar su derecho a la defensa técnica y obtención de una reparación civil justa y equitativa, estando acorde con ello el derecho a la obtención de una resolución judicial debidamente fundamentada, o el derecho a la motivación de resoluciones judiciales.

5. Determinación de variables.

- Víctimas de delitos violentos. Variable independiente.
- Criterios de determinación del daño psíquico y moral. Variable dependiente.
- Pago de la reparación civil. Variable dependiente.

6. Hipótesis general.

“Los criterios de determinación del daño psíquico y moral adecuados para fundamentar el pago de la reparación civil en víctimas de delitos violentos son el principio del daño causado, el criterio en función a la importancia del bien jurídico protegido, el criterio en función al grado de ejecución del ilícito, la técnica

judicial, la sana crítica y el método de valoración en cada caso concreto.”

1.6.1. Hipótesis Específicas

- Las deficiencias en la fundamentación jurídica del quantum de la reparación civil se traducen en exiguos o exagerados montos por concepto de reparación civil en casos de víctimas de delitos violentos.
- Las diversas sentencias fundamentan el pago de la reparación civil en algún principio, artículo o categoría jurídica.
- El daño psíquico y/o daño moral a efectos de establecer un quantum de reparación civil se ha fundamentado reseñando los artículos 92 y 93 del Código Penal.
- Los jueces fundamentan el extremo de la sentencia relativo a la reparación civil a favor de los agraviados haciendo referencia a los conceptos de daño moral o daño psicológico.
- Los fiscales al formular requerimientos no fundamentan adecuadamente el extremo de la reparación civil a favor de los agraviados, sin acogerse a los conceptos de daño moral y daño psicológico.

7. Objetivos.

1.7.1. Objetivo General

- Establecer cuáles son los criterios adecuados de determinación del daño psíquico y moral en víctimas de delitos violentos a efectos de establecer el monto de la reparación civil en la ciudad de Cajamarca, entre los años 2009 a 2011.

1.7.2 Objetivos Específicos

- Establecer si las deficiencias en la fundamentación jurídica del monto de la reparación civil se traducen en exiguos o exagerados montos por concepto de reparación civil en casos de víctimas de delitos violentos.
- Determinar si la no utilización de criterios de valoración del daño psíquico y daño moral afecta el principio de motivación de resoluciones judiciales.
- Verificar en qué medida, en las diversas sentencias han fundamentado el pago de la reparación civil en algún principio, norma jurídica o categoría jurídica.
- Verificar en qué medida los Jueces fundamentan el extremo de la sentencia relativo a la reparación civil a favor de los agraviados, haciendo referencia a los conceptos de daño moral o daño psicológico.
- Verificar en qué medida los Fiscales al formular acusación o proyectar terminación anticipada fundamentan adecuadamente el extremo de la reparación civil a favor de los agraviados, acogiéndose a los conceptos de daño moral y daño psicológico.

8. Diseño Metodológico de la Investigación.

1.8.1. Métodos Empleados.

- a) **Método de argumentación jurídica.** Articular razones que justifiquen objetivamente una posición ante cuestiones jurídicas controvertidas.
- b) **Método de investigación a emplearse:** En la presente investigación se ha aplicado el método hipotético –

deductivo, habiéndose evaluado los procesos por delitos violentos con sentencia condenatoria en la cual se aplica una reparación civil a la parte agraviada, en búsqueda de criterios en función a la importancia del bien jurídico protegido, en función al grado de ejecución del ilícito, la técnica judicial, la sana crítica y el método de valoración en cada caso concreto; así como la identificación de criterios inadecuados de determinación del monto de la reparación civil, en este sentido se pretende obtener información actualizada, confiable y representativa acerca de los criterios adecuados, antes esbozados. La investigación ha sido reforzada mediante la entrevista a Magistrados del distrito judicial de Cajamarca, a fin de verificar si estos operadores jurídicos actualmente fundamentan sus resoluciones y requerimientos en principios, criterios y normas relacionadas con el pago de la reparación civil, siempre dentro del enfoque a víctimas de delitos violentos.

c) La investigación se ha visto reforzada por el análisis a sentencias y requerimiento a nivel de los cinco juzgados penales liquidadores de Cajamarca, Juzgados de Investigación Preparatoria, Juzgados Penales Unipersonales; con el objeto de recolectar datos en todos los procesos que tuvieron sentencia condenatoria con pago de reparación civil y requerimientos en los que se exigía este pago, durante el período comprendido entre los años 2009 a 2011.

d) Con tal finalidad se han revisado todos los legajos de copias de sentencias y/o resoluciones y requerimientos fiscales en cuyo contenido se puede apreciar una fundamentación por el órgano jurisdiccional o a nivel fiscal.

e) **Técnica de recolección de datos:**

- La observación. El trabajo científico que tiene como técnica la recolección de información, mediante observación.
- La recopilación. Se recopila la información por medio del uso de artículos, documentos, bibliografía, legislación, doctrina y jurisprudencia.
- Selección y síntesis. A continuación se procede a seleccionar información recogida, procesándola, para luego organizarla, con la finalidad de obtener una mejor visualización de la información. Por último se sintetiza la información.
- Análisis e interpretación. Se realiza un análisis jurídico doctrinario para dar un significado real a la investigación.

1.8.1.1. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia.

Se ha realizado un cuidadoso análisis de los conceptos de daño moral, daño psicológico y daño a la persona, para ello hemos tenido que recurrir a los exponentes actuales de la doctrina civil peruana y a juristas en materia penal, a fin de discernir y esclarecer el significado de estas acepciones, requisito indispensable para establecer criterios de determinación de daños. Asimismo, se ha tomado en cuenta la labor de reconocidos Juristas en materia penal que son citados a lo largo de la composición del texto de la presente tesis, los cuáles han constituido guías de interpretación de la normatividad aplicable al caso.

1.8.1.2. Muestreo.

DELIMITACIÓN DE LA MUESTRA: 10% de muestreo aleatorio de mi universo de estudio que implica 123 expedientes judiciales, específicamente las sentencias que tienen relación con el tópico de estudio, es decir, aquellas sentencias cuya materia son procesos relacionados con delitos violentos, en los cuales se ha establecido una reparación civil a favor del agraviado.

"Criterios de determinación del daño psíquico y del daño moral a efectos de precisar el monto de reparación civil en víctimas de delitos violentos, en la ciudad de Cajamarca – años 2009 a 2011."

CAPITULO II

LA VICTIMA EN DELITOS VIOLENTOS, COMO SUJETO PROCESAL. MARCO NORMATIVO

Para definir con claridad los criterios de determinación del daño psíquico y daño moral a efectos de precisar el quantum del monto de reparación civil en víctimas de delitos violentos, es necesario definir en primer lugar, la normatividad aplicable al caso, es decir, *cuáles delitos contenidos en la parte especial del Código Penal van a ser objeto de la presente investigación, y a partir de tal especificación, establecer tanto el marco normativo sustantivo, como el procesal, no sin antes detenernos en la orientación Constitucional y algunos referentes internacionales, como lo son conforman las normas pertinentes de Derechos Humanos.*

El Estado peruano ha ratificado diversos instrumentos internacionales que contemplan mecanismos de protección frente a la violencia. Así, tenemos los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que contienen principios fundados en el respeto a la dignidad e igualdad de todo ser humano. El artículo establece que: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley".

Los artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contemplan el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. Asimismo, el artículo siete señala que: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Por su parte, el artículo dos inciso a. I establece que "Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo".

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, establece una definición de discriminación que incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Esto "incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad", En el artículo 2 guión b, se establece que los Estados Parte "se comprometen a tomar diversas medidas, que incluyen la adopción de medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer". En este sentido, *se deben implementar "medidas jurídicas eficaces, como sanciones penales, recursos civiles e indemnización para protegerlas contra todo tipo de violencia.*

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, en su artículo 10 inciso 1) define a la tortura como "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".

Desde el Derecho Penal Internacional se han dado importantes avances. En el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se consagra que en determinadas circunstancias la violencia sexual (violación, esclavitud

sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos de sexuales), puede constituir crímenes de lesa humanidad y de guerra"

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la **Convención Americana de Derechos Humanos** establece en el artículo 10 que "los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (",)". **El artículo 5 numeral 1 señala que "toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"** y el artículo 25 numeral 1 que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales".

Asimismo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", establece en el artículo uno, que la violencia contra la mujer es "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". El artículo 2, desarrolla los tipos y escenarios de la violencia contra la mujer. Así se precisa que esta incluye la violencia física, sexual y psicológica que puede perpetrarse dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona o cuando es perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

En el artículo 7 inciso b, se establece que los Estados Parte deben adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia; comprometiéndose a: b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

La Constitución Política del Perú, establece que "Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar" (artículo 2, inciso 1). Asimismo, se menciona que "Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes" (Artículo 2, inc. 24, literal h).

Por su parte, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar" "o y sus modificatorias, define la violencia familiar como "cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como violencia sexual". La Directiva N° 005-2009-MPFN21 que regula la *"Intervención de los Fiscales de Familia, Penales y Mixtos frente a la violencia familiar y de género"*, contempla que entre los criterios para adoptar las medidas de protección para las víctimas, se encontrará su estado de salud mental (Artículo 15).

El Código Penal vigente contempla los tipos penales de lesiones graves (artículo ciento veintiuno) y lesiones leves (artículo ciento veintidós), los que establecen determinadas agravantes para los casos de violencia familiar (tal como se encuentra definida en la Ley de

Protección frente a la violencia familiar, incluye la violencia física, psicológica y/o sexual) y cuando la víctima es menor de edad. Las lesiones graves se definen como las que "causa a otro grave daño en el cuerpo o la salud".

La figura de lesiones graves por violencia familiar (artículo 121 – literal B), implica "causar a otro daño grave en el cuerpo o en la salud por violencia familiar". La figura de lesiones leves por violencia familiar (artículo 122, literal B), implica "causar a otro daño en el cuerpo o en la salud por violencia familiar que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso".

Respecto a la violencia sexual cabe precisar que tiene especial relevancia, la declaración de las víctimas, así como los exámenes forenses respectivos, dentro de los que se incluyen el informe psicológico que debe realizarse a la víctima. El artículo 170 del Código Penal, establece que "El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener 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". Son figuras agravadas: la violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (artículo 171), violación de persona en incapacidad de resistencia (artículo 172), violación sexual de menor de edad (artículo 173), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (artículo 173), la figura conocida como seducción (artículo 175) y los actos contra el pudor (artículo 176), entre otros. El artículo 177 del Código Penal establece una agravante para los artículos (170, 171, 175 y 176, literal A) cuando produzca una lesión grave, que tendrá una pena entre veinte a veinticinco años.

Sobre la declaración de las víctimas, es importante mencionar la adopción del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-11626 de los Vocales de la Corte Suprema, mediante el cual se dispuso que "las declaraciones de un/agraviado/a, aun cuando sea el único testigo de los hechos, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo, y por ende, virtualidad procesal para enervar de la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones" El testimonio deberá tener las siguientes características:

La ausencia de incredulidad subjetiva: no preexistencia de relaciones basadas en el odio o el resentimiento entre la agraviada o su familiar y el imputado. De lo contrario, podría indicar parcialidad en la declaración del agraviado. La verosimilitud: la declaración de la víctima debe manifestar coherencia y solidez; y debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter y objetivo que le den aptitud probatoria. La persistencia en la incriminación: ello no implica que el cambio de versión de la víctima invalide su testimonio en la medida en que el conjunto de declaraciones del mismo se haya sometido a debate pudiendo el juzgador optar por la que considere adecuada.

Sobre los informes psicológicos, tienen un "significativo valor indiciario respecto a la información proporcionada por la víctima, a las evaluaciones acerca de su sinceridad y el trauma sufrido por ella como consecuencia de la violencia sexual objeto del proceso penal". Se convierten por lo tanto, en elementos gravitantes para respaldar el testimonio de la víctima. Sin embargo, a pesar de su importancia, sólo para el caso de niños, niñas y adolescentes existe la obligación legal de realizar las pericias psicológicas en casos de violencia sexual.

Asimismo, es relevante mencionar que entre los Delitos contra la Humanidad, el Código Penal vigente tipifica el Genocidio (artículo 319), la Desaparición Forzada (artículo 320), la Tortura (artículo 321) y la Discriminación (artículo 323), algunos de los cuales contemplan determinadas agravantes cuando producen una lesión grave a la integridad psíquica.

Con respecto al delito de tortura (artículo 321), se establece que "El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el conocimiento o aquiescencia de aquel, que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años". En este delito se señala una agravante para los casos en que se produzca una lesión grave a la víctima.

De esta revisión normativa sucinta se constata que las diferentes modalidades del delito de violación sexual, actos contra el pudor y también los casos de tortura se agravan si es que la ejecución del delito produce un "grave daño a la salud mental" de la víctima o una "lesión grave", la que debe ser entendida conforme a lo dispuesto para el delito de lesiones es decir, contemplando también el daño a la salud mental. Por lo tanto, la posibilidad de evidenciar el daño psíquico resulta de utilidad para la tipificación de algunas conductas delictivas como es el caso de la violencia familiar, y como medio probatorio del hecho violencia familiar, violencia sexual y tortura. También contribuirá para establecer

una reparación o indemnización (responsabilidad civil extracontractual) de acuerdo al daño sufrido, como se verá a continuación.

Los artículos 1969 y 1985 del Código Civil (en adelante, C.C.) regulan la responsabilidad civil extracontractual. El artículo 1969 establece que "aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor". "La indemnización comprende las consecuencias que derivan 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" (artículo 1985). El Código Civil establece también un criterio general para la valoración del producido a la víctima o a su familia" (artículo 1984).

La reparación civil derivada del delito (en la modalidad de responsabilidad civil extracontractual) puede ser planteada en el proceso penal. El artículo 92 del Código Penal establece que "la reparación civil se determina conjuntamente con la pena". El artículo 101 del mismo Código dispone una norma de remisión según la cual la reparación civil se rige por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

El Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio Público, que ampara la labor de las y los peritos, entre las funciones del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (IML), establece que se encuentran el realizar peritajes, investigación forense y emitir dictámenes técnico-científicos de medicina legal y ciencias forenses en apoyo a la administración de justicia (artículo 87 inciso c). Esta función también se encuentra contemplada en el **Manual de Organización y Funciones del Instituto de Medicina Legal**, que otorga al IML la

rectoría de la Medicina Legal en el Perú, que tiene por misión brindar consultoría técnica especializada, pericial y científica que requieran la función fiscal, judicial y otros que colaboren con la Administración de Justicia. Entre las funciones del Instituto de Medicina Legal están las de emitir el dictamen pericial científico y técnico especializado en contribución a la administración de justicia (artículo 8, inciso a).

En el marco del nuevo **Código Procesal** Penal, el perito es un testigo excepcional que posee conocimiento especializado, por lo tanto, sólo a los peritos se les permite emitir opiniones e inferencias sobre hechos o eventos. Esta norma señala también que la prueba pericial, es un medio, que aporta información fundada basándose en conocimientos especiales, ya sean científicos, artísticos, técnicos, útiles para la valoración de un elemento de prueba. El perito que comparece al Juicio Oral y presta testimonio ante el Tribunal en forma directa a través del examen directo y el contra examen de las partes, no puede ser reemplazada, sustituida o complementada por declaraciones previas registradas en acta o por informe pericial escrito, salvo casos excepcionales, lo cual es una exigencia del principio de inmediación.

Desde el año 2009, el Ministerio Público opera bajo la Directiva N° 005-2009-MP-FN40, que establece la *"Intervención de los Fiscales de Familia, Penales y Mixtos frente a la violencia familiar y de género"*. En el artículo cuatro, se menciona que como contenido mínimo de la investigación, para todos los casos, se encuentra la evaluación integral de la presunta víctima, que deberá ser realizada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Esta evaluación incluye el diagnóstico de las lesiones traumáticas, la evaluación del daño psíquico e identificación de factores de riesgo con la finalidad que el Fiscal adopte

las medidas de protección más adecuadas para evitar nuevas agresiones.

2.2 **La Víctima.**

Víctima es aquella persona titular de un bien jurídico que se ha visto vulnerado por la comisión de un delito o que ha visto disminuida su capacidad de disposición de aquel. En el proceso penal, la víctima, o el agraviado es, además del directamente ofendido, el que se perjudica indirectamente por los efectos perjudiciales del delito.⁴

La Victimología es el estudio de las causas por las que determinadas personas son víctimas de un delito y de cómo el estilo de vida conlleva una mayor o menor probabilidad de que una determinada persona sea víctima del mismo.⁵

*"En la década de los ochentas puede situarse junto a la victimología originaria la denominada "nueva victimología", cuya diferencia radicaría en su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima y su sensibilidad por no contraponer los derechos de la víctima, a los derechos del delincuente"*⁶

El nuevo proceso penal pretende fortalecer la posición de la víctima. Para tal efecto, le otorga la categoría de Sujeto Procesal, posición que comparte con el Órgano Jurisdiccional, el Ministerio Público, la Policía, el Imputado, el Defensor y el Querellante. Al respecto, el Código Procesal Penal, destina todo un párrafo para tratar a la víctima

⁴ Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal. Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre. Editorial Rodhas. 1era edición abril 2007. Pp. 385.

⁵ <http://es.wikipedia.org/wiki/Victimolog%C3%ADa>

⁶ Doctrina. Victimología. Riquert. "una asignatura pendiente en el conflicto penal: la víctima" Por Marcelo Alfredo Riquert <http://catedrariquert.blogspot.com/2007/11/doctrina-victimologa-riquert.html>

como Sujeto Procesal, estableciendo su concepto y principales derechos. Por víctima se debe entender siempre al ofendido por el delito que puede ser el titular de los bienes jurídicos que se ven afectados por el delito o aquel que sufre la acción delictiva, Estas personas, para los efectos de su intervención en el proceso, se encuentran en un orden de prelación, por lo que la intervención de una o más de ellas excluye a las personas comprendidas en las categorías posteriores.

Para determinar qué es lo que sucede con la víctima en el nuevo proceso penal, es preciso determinar en un primer sentido quién es la víctima. Etimológicamente la palabra proviene del latín "victima" y representa a una persona destinada al sacrificio o sacrificada, o bien que se expone a un grave riesgo a favor de otra, padeciendo el daño, por culpa ajena o por causa fortuita.

Esta palabra también tiene una raíz griega en la palabra "logos", que significa estudio. Dicho concepto fue definido en el Primer Simposio sobre victimología celebrado en Jerusalén, entre el dos y seis de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en el libro titulado "*El estudio científico de las víctimas del delito*", en el cual su autor, Gulota, señala que es "*la disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito*"⁷ La victimología se refiere de esta manera al estudio de la víctima del delito.

⁷ <http://www.marisolcollazos.es/articulos/penal/639144-EFICACIA-DE-LOS-DERECHOS-DE-LA-VICTIMA-EN-EL-NUEVO-PROCESO-PENAL.pdf>

El objeto de los estudios victimológicos es, generalmente, la víctima del delito. Al respecto podemos distinguir primariamente, la “victimización derivada del delito”, esto es, el proceso por el cual una persona se convierte en víctima de una figura tipificada por el ordenamiento jurídico como delito y en un segundo aspecto, la “victimización no derivada del delito o victimización social”, realizada ésta por el abuso injusto e insolidario de la prepotencia económica y social frente a grupos marginados o especialmente débiles.

Según Raúl Peña Cabrera *“víctima es aquella persona que ve afectados sus bienes jurídicos o disminuido su capacidad de disposición de aquéllos, como consecuencia de una conducta infractora de norma jurídico penal, pudiendo ser el agente culpable o inculpable.”*⁸

Al respecto hay voces que evidencian pese a la gran amplitud del concepto víctima, al abandono, de las personas jurídicas, que pueden aparecer desamparadas, tanto en relación a la comisión de un delito, como en relación a los demás conflictos del sistema penal. Por otra parte se ha llegado al consenso generalizado sobre que la política criminal oficial⁹ tiene por misión, no solamente ni principalmente infligir al delincuente una sanción apropiada para establecer el orden jurídico violado, sino también y ante todo, lograr que la víctima se beneficie de la seguridad ofrecida por las disposiciones sociales y estatales. Hoy el

⁸ Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal. Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre. Editorial Rodhas. 1era edición abril 2007. Pp. 384.

⁹ “Se ha intentado exhibir en forma sistemática la política criminal de la posmodernidad y sus dos modelos: la política criminal *volkisch* y el Derecho Penal del Enemigo y la política criminal iushumanista y humanitas en el Derecho Penal”. Se entiende que bajo el contexto estimamos como política oficial una de corte iushumanista. Al respecto véase: “La Política Criminal de la Posmodernidad. Artículo escrito por Carlos Christian Sueiro en: Gaceta Penal. Tomo 9. Marzo 2010.

llegar a ser víctima no se considera un incidente individual sino un problema de derechos fundamentales.¹⁰

En el contexto del Nuevo Código Procesal, de corte acusatorio garantista, teniendo en consideración que este tipo de proceso se encuentra enmarcado dentro de un conjunto de garantías constitucionales, y teniendo como fin único la solución de conflictos derivados del delito, debe rescatarse el hecho que las víctimas tienen derecho a una reparación integral; empero, en la práctica la víctima del delito no goza de una reparación integral ni se logra resocializar al condenado;¹¹ no obstante, para llegar a concretizar este principio, previamente debe atenderse el cumplimiento del Principio de motivación de las resoluciones judiciales, por el cual el Juzgador debe fundamentar sus decisiones, excepto las de mero trámite, de lo contrario, se estaría atentando contra el derecho de defensa del procesado o de la víctima, de ser el caso.

La infracción del deber de motivación de sentencias se refleja en cuatro formas: Falta Absoluta de motivación, cuando en la resolución no existen argumentos que reflejen la decisión judicial; motivación aparente, se presenta cuando más allá del aspecto formal, la motivación carece de un contenido real, lleno de frases vacías o que no encuentran asidero en medios de prueba; motivación insuficiente, se genera cuando se incluyen sólo argumentos que apoyan la decisión, dejando de lado los argumentos que generan convicción y; motivación incorrecta, que se da cuando se infringen las reglas de experiencia y lógica, ***se interpretan o***

¹⁰ “ ... La Política criminal iushumanista brinda un verdadero discurso dirigido a la disminución de conflictos sociales a través de métodos alternativos de solución de conflictos.” Carlos Christian Sueiro. Op. Cit. Pp. 421.

¹¹ El Proceso Penal Común. Innovaciones, problemática y retos del Código Procesal Penal de 2004. Cristian Salas Beteta. Gaceta Penal y Procesal Penal. Gaceta Jurídica .S.A. Impreso en Imprenta Editorial “El Búho E.I.R.L. Pp. 19

aplican incorrectamente las normas jurídicas, o se recurre a criterios que carecen de cualquier fundamento.¹²

2.3. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

2.3.1. Los derechos de la víctima

La investigación victimológica ha originado la determinación de los derechos de las víctimas en el proceso penal. En este sentido del análisis de la normativa internacional se puede establecer que la promulgación de los principios para las víctimas abarca tres aspectos generales y fundamentales, a saber:

I. Acceso real de la víctima a la justicia penal. II. Asistencia a las víctimas. III Resarcimiento e indemnización.

En lo referido al primer aspecto relativo al acceso real a la justicia penal, *"El acceso a la justicia puede ser entendido como la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y reivindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular."*¹³ Este principio está relacionado con el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, que específicamente la tenemos regulada en nuestra legislación nacional vigente, en primer lugar en nuestra Constitución Política del Estado, en el artículo ciento treinta y nueve, inciso tres que prescribe: *"... son principios y derechos de la función jurisdiccional. La*

¹² Cristian Salas Beteta. Op. Cit. Pp. 33.

¹³<http://www.monografias.com/trabajos78/auxilio-judicial-acceso-justicia-peru/auxilio-judicial-acceso-justicia-peru2.shtml>

observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional...".

En segundo lugar el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que refiere: *"...Toda persona tiene derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva para ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso...".* Y en tercer lugar el artículo siete de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señala: *"...En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena Tutela Jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso...".* En la legislación internacional, está regulado en: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo catorce inciso uno y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el inciso uno del artículo ocho, respectivamente.

2.3.2. De la tutela de la víctima en el proceso penal

En el actual ordenamiento procesal penal la protección de la víctima sólo es apreciada acumulando obligatoriamente la acción civil a la penal, tal como lo impone el artículo noventa y dos del Código Penal, a la vez que autorizándose que se constituya en actor civil para sostener la pretensión resarcitoria civil. En todo caso, *no es necesario que la víctima se constituya en actor civil para que el Ministerio Público inste al órgano jurisdiccional que fije un monto determinado por concepto de reparación y al juez a que efectivamente lo haga;* ambos órganos públicos están obligados a requerirla uno y a imponerla otro. De igual manera, sin necesidad de ser parte en el proceso, la víctima está facultada a requerir y a percibir la indemnización fijada en la sentencia.

La acción civil *ex delicto*,¹⁴ según lo señalado en el artículo noventa y tres del Código Penal, comprende, de un lado, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, de otro, la indemnización de los daños y perjuicios. La Corte Suprema ha establecido que la reparación civil exige la existencia de un daño efectivamente probado en perjuicio de la víctima, lo que no sucede en la tentativa, aunque posteriormente ha sostenido que en los casos de tentativa de estos delitos sexuales existe un daño moral irrogado que es del caso tener en cuenta. En estos delitos ha estipulado que la reparación civil no corresponde a la madre de la agraviada sino exclusivamente a la víctima, que sufrió el perjuicio sexual.

¹⁴ La reparación civil comprende los extremos fijados en el artículo 93 del Código Penal y persigue la neutralización del daño causado por el delito – no está vinculada a la culpabilidad ni a los fines de la pena, pues su presupuesto es la existencia de un daño resarcible causado por un hecho antijurídico-, de modo que para la restauración del orden jurídico- económico alterado y perturbado en el aspecto civil, debe comprender una cantidad que cubra la entidad de los daños causados y la indemnización por los perjuicios ocasionados. Gaceta Penal & Procesal Penal. Información Especializada para Abogados y Jueces. Lima- Perú Tomo 12. Junio 2010. Pp. 97.

“Criterios de determinación del daño psíquico y del daño moral a efectos de precisar el monto de reparación civil en víctimas de delitos violentos, en la ciudad de Cajamarca – años 2009 a 2011.”

CAPITULO III

LA REPARACIÓN CIVIL

3.1. Responsabilidad Civil y Responsabilidad Penal.

3.1.1. Entre la acción penal y acción civil.

Acción en el ámbito procesal “es el poder jurídico que tiene el individuo para dirigirse a los órganos de la jurisdicción para requerir su intervención a fin de que la persona a quien debe emplazarse cumpla con la prestación de lo que le adeuda o asegurarle el pleno goce de su derecho violado o para solicitar la definición de una incertidumbre jurídica”.¹⁵ En el ámbito civil, para ejercitar el derecho de acción se requiere la interposición de la demanda; en el ámbito penal, el derecho de acción (civil) se ejercita por el Ministerio Público, o por el perjudicado por el delito, siendo que si éste se constituye en actor civil, cesa automáticamente la legitimación del Ministerio Público. Aquel perjudicado por el hecho delictivo puede ejercer la acción civil en el proceso penal o ante el Órgano Jurisdiccional en la vía civil, siendo excluyente tal elección de una vía determinada, esto en aras de resguardar la seguridad jurídica. Por otra parte “la acción penal es el poder – deber que detenta el Estado en base a una propiedad inherente a su propia soberanía, poder que se ejercita a través de las agencias estatales competentes y que pone en funcionamiento todo el aparato persecutorio del Estado, a fin de promover la acción de la justicia y que finalmente recaiga

¹⁵ Acción Jurisdicción y competencia en materia civil. Jorge Carrión Lugo. En: Comentarios al Código Procesal Civil, Volúmen II. Trujillo – 1995. Fondo de Cultura Jurídica. Primera Edición.

una sanción sobre aquel que cometió un hecho constitutivo de un delito según la norma penal sustantiva."¹⁶

3.1.2. La acción civil resarcitoria en el proceso penal.

La acción civil es un derecho público subjetivo, por medio del cual exhortamos al Órgano Jurisdiccional la protección de una pretensión procesal, o más claro aún, la protección de un derecho subjetivo de naturaleza civil, que en el contexto está referido al resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La acción civil comprende a todos los conceptos que indican la indemnización por daños y perjuicios de índole extracontractual asimismo, *"la acción civil comprende también la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan, aquellos negocios jurídicos dirigidos a eludir el pago de la reparación civil..."*.¹⁷ Empero, nosotros nos hemos avocado únicamente a la reparación civil, como consecuencia accesoria.

3.1.3. Ejercicio de la acción resarcitoria por el actor civil.

Cuando un bien jurídico protegido por el Ordenamiento Penal es vulnerado, a la consecuencia atinente a la aplicación de una pena, subyace la imposición de una compensación de naturaleza civil, en atención al daño ocasionado, cuyo titular solicita el reconocimiento de una obligación generada a partir

¹⁶ Raúl Peña Cabrera Freyre. Op. Cit. Pp. 143.

¹⁷ Raúl Peña Cabrera Freyre. Op. Cit. Pp. 257.

de la lesión infligida hacia el bien jurídico del cual es titular. Es importante entender que la naturaleza de la acción civil es distinta de la penal, siendo que en este caso la naturaleza es pública, derivada de una justicia distributiva y en el primero la naturaleza es económica y privada derivada de una justicia compensatoria, siendo el titular de la acción civil, la víctima; empero la legitimidad de accionar puede en determinados casos corresponder a otras personas que guardan relación con la víctima, pero que por ostentar determinada condición o vínculo con ésta, son los llamados a incoar la señalada acción, tales personas son los agraviados, que son parientes del occiso, en el delito de homicidio. Entonces, a partir de la constitución en actor civil por el agraviado, se le faculta a interponer recursos y remedios procesales, dirigidos al aseguramiento de su pretensión procesal, la cual se encontrará subordinada a la probanza de la existencia del delito y su vinculación con el imputado, actos procesales que necesariamente tendrán su culminación en una sentencia de carácter condenatorio en contra del imputado, sólo así éste quedará vinculado al pago de una reparación civil, que es una consecuencia accesoria a la aplicación de una pena. La normatividad pertinente que se encuentra vinculada con el pago de la reparación civil, tanto para los legitimados de forma directa, léase el ofendido, así como para los legitimados de forma indirecta, como son los agraviados, que son parientes más próximos del titular del bien jurídico vulnerado, son los preceptos contenidos en los

artículos 816 del Código Civil,¹⁸ 92 del Código Penal,¹⁹ y artículo 1969 del Código Civil²⁰.

La constitución en actor civil según la norma procesal se efectúa hasta antes de culminada la etapa de investigación preparatoria, luego de lo cual, el agraviado se encontrará impedido de ejercitar las facultades conferidas por el artículo 104 del Código Procesal Penal, como son, deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de prueba, participar en actos de investigación y de prueba, intervenir en juicio oral o interponer recursos impugnatorios; pero esto no obsta a que el agraviado pueda acceder a la pretensión resarcitoria que se dictaminará en la sentencia. Además, si bien el ejercicio de la acción penal recae en la esfera de facultades y deberes del Representante del Ministerio Público, esta condición no implica que el actor civil no pueda coadyuvar al esclarecimiento de los hechos, con la limitación de no poder pedir una sanción.

3.1.4. La acción resarcitoria y el Ministerio Público.

El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público, cuando el perjudicado no se constituya en actor civil. El fundamento radica en la representatividad de la sociedad en juicio por parte del Ministerio Público. Como bien dice Gálvez Villegas: “Claro

¹⁸ Artículo 816 del Código Civil. Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto orden, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad. El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.

¹⁹ Artículo 92 del Código Penal. La reparación civil se determina conjuntamente con la pena.

²⁰ Artículo 1969 del Código Civil. Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

que el Ministerio Público queda legitimado para introducir la pretensión civil dentro del proceso penal, únicamente si no lo ha hecho el agraviado, o no se ha reservado la vía civil, de suceder lo contrario, ya no resulta facultado para ello..."²¹

Las consecuencias jurídicas de los delitos son la imposición de una pena o medida de seguridad, así como una sanción reparadora, cuyo fundamento está en función a que el hecho no sólo constituye un ilícito penal sino que entraña un ilícito de carácter civil.²²

La acotación antes indicada es necesaria para comprender que al lado de la trascendental búsqueda de la existencia del delito y su consecuente señalamiento de responsabilidad penal existen consecuencias accesorias del delito, entre las cuales se encuentra la atribución de responsabilidad civil. De acuerdo con Atilio Aníbal Alterini *"la finalidad de la indemnización es resarcir el daño causado; en este caso, el daño consiste en el incumplimiento de la prestación por causa imputable a los deudores, lo que trae consigo un perjuicio en el patrimonio del o los acreedores."*

²³ Este es el daño entendido como un concepto aplicable a la materia civil.

²¹ Tomás Aladino Gálvez Villegas. "La reparación civil en el proceso penal". Segunda Edición. Setiembre 2005. Editorial Idemsa. Lima- Perú. Pp. 104.

²² Resolución de fecha 19 de junio de 2005, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Lima) que resuelve Recurso de Nulidad N° 2321-2005.

²³(Atilio Aníbal Alterini. Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales, p. 250). Citado en: CÓDIGO CIVIL COMENTADO. Derecho de Obligaciones. Tomo VII. GACETA JURÍDICA S.A. pp. 217.

3.2. Naturaleza jurídica de la reparación civil ex delicto.

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

La perpetración de un delito da lugar a la aplicación de la pena o la medida de seguridad y, además la reparación civil del daño. El artículo noventa y dos del Código Penal,²⁴ prescribe que conjuntamente con la pena se determinara la reparación civil correspondiente que es la prevista en el artículo noventa y tres²⁵ del citado código.

La reparación civil comprende la restitución del bien que es igual a decir la reposición a la situación jurídica quebrantada por la comisión de un delito o falta y la indemnización de daños y perjuicios: lo regula el inciso dos del artículo noventa y tres del Código Penal y comprende el resarcimiento del daño moral y material que se adiciona a la restitución del bien y entre otros conceptos se atenderá al daño emergente lo mismo que el lucro cesante.²⁶

²⁴ Artículo 92 del Código Penal: La reparación civil se determina conjuntamente con la pena.

²⁵ Artículo 93. La reparación civil comprende: 1 La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2 La indemnización por daños y perjuicios.

²⁶“La reparación civil tiene como presupuesto el daño ilícito producido a consecuencia del delito (principio del daño causado), por lo que debe tomar en cuenta, principalmente, los efectos negativos de carácter patrimonial, derivados de las concretas conductas ilícitas verificadas, y de la consecuente lesión de los derechos de naturaleza económica. (...)” En Gaceta Jurídica Penal & Procesal Penal. Tomo 1. Julio 2009. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú. Pp. 74.

En el derecho peruano la reparación civil tiene una naturaleza civil pues en primer lugar el delito constituye solo una especie de la responsabilidad civil extracontractual que es el género que lo comprende se trata por lo tanto de una obligación civil, el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil²⁷, cuando prescribe que aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. Además, con una regulación de acción civil resarcitoria en sede penal se logra una administración de justicia más expeditiva y humana, próxima a la solución de los problemas sociales generados por la comisión de un delito y que pretende, además de la plena realización de los principios de inmediación y economía procesal.

La reparación civil no siempre se determina con la pena, pues no toda sentencia condenatoria que acaba imponiendo una sanción penal, supone que se haya producido de manera efectiva un daño, que es el presupuesto básico para la fijación de la reparación civil, la responsabilidad consagrada en el artículo noventa y dos y siguientes del Código Penal, emana del daño que pueda, según el caso, producir el delito, no del delito mismo, la pena solo requiere de una conducta típica antijurídica y culpable, mientras que la reparación civil exige la constatación de un daño causando de manera ilícita.

En este sentido, se rescatan dos tendencias doctrinales, la primera que toma a la reparación civil como una

²⁷Artículo 1969 del Código Civil. Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El Descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

“Criterios de determinación del daño psíquico y del daño moral a efectos de precisar el monto de reparación civil en víctimas de delitos violentos, en la ciudad de Cajamarca – años 2009 a 2011.”

reparación de contenido penal,²⁸ la cual puede observarse como una reparación incluso de finalidad complementaria a la de la pena, es decir, que también tendría un carácter punitivo,²⁹ frente a esta tendencia, se encuentra aquella que propugna el carácter civil de la reparación, que a nuestro parecer es la más adecuada.³⁰

*“La concreta pretensión indemnizatoria (el monto de la reparación civil) solicitada en un proceso penal por quien ha sufrido un daño ilícito derivado de un delito tiene carácter civil; no es más que la petición de una suma de dinero del afectado por una conducta generadora de una forma de responsabilidad civil extracontractual.”*³¹ Esta definición es consecuente con el Principio del daño causado, por el cual sin la existencia y acreditación de un daño en el proceso penal no puede ser exigible el pago de un monto por concepto de reparación civil; empero, en algunos casos existe jurisprudencia que considera que un factor importante a fin de determinar el pago de una reparación civil es el grado de afectación al bien jurídico protegido y la naturaleza del delito,³² como por ejemplo, en el caso del Tráfico Ilícito de drogas, la

²⁸ “La reparación civil tradicionalmente ha sido vinculado con el proceso civil y esto evidentemente porque se le consideraba como una institución del Derecho civil; sin embargo la tendencia moderna es visualizar a la reparación civil como una modalidad de sanción del delito” La Reparación Civil en el Perú. Sara Pajares Bazán. Jueza del 4º Juzgado de Paz Letrado del Distrito Judicial de La Libertad. Estudios de Maestría en Ciencias Penales en la Universidad Privada San Pedro. Diplomado en Administración Pública.

²⁹ Al respecto véase: “ ¿La reparación del daño como tercera vía punitiva?. Especial consideración a la posición de Claus Roxin. Pablo Galain Palermo. En revista REDUR. Nº 03. Año 2005.

³⁰ “La reparación civil no constituye pues un nuevo fin del Derecho Penal (*ein dritter Zweck*), sino que se muestra como una acción que se refunde en el proceso penal, con la finalidad de instaurar en dicho procedimiento un concepto lato de la tutela jurisdiccional efectiva, en cuanto es legítimo derecho de las víctimas ser resarcidas por los daños causados como consecuencia de la conducta criminal.” Naturaleza Jurídica de la reparación civil ex delicto. Alonso R. Peña Cabrera Freyre. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 9. Marzo 2010. Editorial Gaceta Jurídica S.A. pp. 83.

³¹ En: Consultas legales de Gaceta Penal & Procesal Penal. Información especializada para abogados y jueces. Tomo 9. Primera edición. Marzo de 2010. Gaceta Jurídica Editores. S.A. Pp. 207.

³² Es el caso de la Resolución emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 12 de marzo de 2007, que resuelve el Recurso de Nulidad Nº 4235-2006-LIMA, en la cual se menciona que tratándose de un delito de peligro abstracto, de riesgo o de pura actividad como es el tráfico ilícito de drogas, cuya punibilidad tiene su origen en la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas, la reparación civil debe fijarse en función de la dañosidad de la droga incautada, la magnitud del hecho delictivo y el número de agentes que participaron en su comisión, sobre la base de los principios de suficiencias y razonabilidad. Op. Cit. Pp. 139.

Jurisprudencia Nacional se aparta de este principio, para acoger criterios distintos, como son el número de agentes que participan en la comisión del hecho ilícito, el tipo de droga o la magnitud de este mismo hecho.

Al lado de las penas y medidas de seguridad, existe una tendencia doctrinaria de origen alemán que propugna la existencia de una "tercera vía" a fin de hacer efectivo el castigo a imponerse por el Estado como consecuencia de la comisión de un delito y su atribución de responsabilidad en un proceso penal.

Según Pablo Galain Palermo³³ *"interpretando a la reparación desde un punto de vista penal, es decir, prevención general positiva (retorno de la paz jurídica, de la confianza en la norma, estabilización de la norma como pauta de conducta), prevención especial positiva (menor índice de peligrosidad del autor, intento de retorno a la vida pacífica en sociedad), prevención general negativa (a partir de la exigencia de Beccaria: «certeza y prontitud de la pena antes que severidad») y con el límite de la retribución (proporcionalidad), pueden considerarse determinados actos de reparación como «sustitutos» de la pena, por dar satisfactorio cumplimiento a los fines que con ésta se pretenden obtener."*

³³ Pablo Galain Palermo. Op. Cit. Pp. 29.

“Criterios de determinación del daño psíquico y del daño moral a efectos de precisar el monto de reparación civil en víctimas de delitos violentos, en la ciudad de Cajamarca – años 2009 a 2011.”

CAPÍTULO IV

EL DAÑO PSÍQUICO Y EL DAÑO MORAL

4.1. Qué es el daño?

Según Tomás Aladino Gálvez Villegas³⁴ el daño es una lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial de las personas respecto de determinados bienes, derechos o expectativas.

Ahora bien, los criterios para el pago de la indemnización se encuentran previstos en los artículos 1321³⁵ y 1322³⁶ del Código Civil. De acuerdo con nuestra legislación, al igual que la italiana, la indemnización por los daños y perjuicios³⁷ comprende el lucro cesante (ganancia dejada de obtener o frustrada), el daño emergente (pérdida sufrida en el patrimonio del acreedor) y daño moral, siempre que, conforme a nuestro Código, dichos daños sean consecuencia directa e inmediata de la inejecución de la obligación o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Daño es el detrimento o menoscabo de valores patrimoniales (económicos), o la lesión al honor o a afecciones legítimas u otros derechos inherentes a la personalidad, como sucede en el caso del daño extrapatrimonial o moral. También puede entenderse el daño en el sentido de la lesión a un bien, la lesión a un interés jurídico o a un interés legítimo, sea éste patrimonial o extrapatrimonial.

³⁴ Tomás Aladino Gálvez Villegas. Op. Cit. Pp 126.

³⁵ Artículo 1321 del Código Civil. Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal ejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

³⁶ Artículo 1322 del Código Civil. El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

³⁷ "Según la semántica, los términos "perjudicar" y "perjudicado" significan "ocasionar daño o menoscabo material o moral" o "el efecto de perjudicar o perjudicarse" o "la ganancia lícita que deja de obtenerse, o gastos o deméritos que se ocasionan debido a la acción u omisión de segunda persona y que ésta tiene que indemnizar, además del daño o detrimento material acusado por modo directo". Op. Cit. Pp. 477.

Nos enfocaremos en el estudio y análisis del daño extrapatrimonial, especialmente en el llamado daño moral y en el daño psicológico, con la acotación de que si bien la moral es objeto de estudio de la ética, de aquella disciplina que trata de los valores, la bondad o malicia de los actos humanos, los cuales se encuentran en el interior de las personas, como un conjunto de facultades espirituales, pero enfocándola como una lesión, dolor o aflicción correspondientes a los sentimientos de las personas.

4.1.1. El daño psicológico.

Puede hablarse de la existencia de un daño psíquico en un determinado sujeto, cuando éste presente un deterioro, disfunción, o trastorno que afecte sus esferas afectivas y/o volitiva y/o intelectual; a consecuencia del cual se limite, disminuya su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa.

Las consecuencias de una acción dañina contra el cuerpo deben ser valorizadas por el juez independientemente de las consecuencias que esta pérdida pueda ocasionar en la existencia ordinaria o cotidiana de la persona. No tiene el mismo significado y valor la pérdida de una mano para un pianista o un tenista o un cirujano que la mutilación de la misma en el caso de otras personas. Por ello, el juez debe evaluar casuísticamente los casos de daños "biológicos" causados a la persona teniendo en consideración las actividades propias de la víctima, su profesión, su proyecto de vida y otras circunstancias afines.

En cambio, las consecuencias de una lesión psicosomática que incide preponderantemente en la psique ("daño psíquico", en sentido estricto) resultan menos visibles y son más difíciles de diagnosticar. En ciertos casos, una leve perturbación psíquica puede pasar inadvertida para cualquier persona que no sea un médico especialista en la materia. La lesión que afecta la psique, en cualquiera de sus manifestaciones, puede tener dos fuentes. La primera, es el resultado de una previa agresión somática con notorias consecuencias psíquicas. La segunda puede presentarse inicialmente desvinculada de dicha agresión somática, no obstante las conexiones existentes en virtud de la unidad psicosomática en que consiste la naturaleza del ser humano. Es el caso, por ejemplo, de todo tipo, grado, intensidad y circunstancias de una tortura enderezada directamente al psiquismo de la persona.

El "daño psíquico"³⁸ se configura por "la alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica". Es decir, el daño psíquico supone una modificación o alteración de la personalidad que se "expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos...".

El daño "moral", en cuanto dolor o sufrimiento, no es una enfermedad psíquica sino tan sólo un daño emocional o perturbación psíquica. No es frecuente que una perturbación psíquica de esta naturaleza pueda convertirse en una patología.

³⁸ "El daño psicológico se configura mediante la alteración de la personalidad, es decir, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración en el medio social".

El daño psicosomático, por lo tanto, puede incidir ya sea sobre el soma o cuerpo, en sentido estricto, o sobre la psique. En el primer caso se le suele también denominar también como "daño físico", mientras que, en el segundo caso, se alude al "daño psíquico" o "daño psicológico". En cualquier caso, una lesión somática repercute de diferente manera en el psiquismo según sea el sujeto de que se trate y, viceversa, un daño psíquico suele tener, en cierta medida, una manifestación somática.

La lesión en sí misma que constituye, como se ha señalado, el "daño biológico", debe ser apreciada por sus particulares características por un médico legista -o un perito médico en ciertos casos- el que ha de formular un diagnóstico y un pronóstico de la lesión, determinando su magnitud y peculiaridades. Este requisito es ineludible para que el médico pueda evaluar la magnitud del daño y sus consecuencias a fin de valorizar y liquidar el daño causado.

4.1.1.2. Criterios de determinación del daño psicológico.

Por intermedio de una comisión especial designada por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1201-2009-MP-FN', la misma que estaría asignada para la creación de la "Guía de valorización al daño psíquico en víctimas adultas en violencia familiar, sexual tortura entre otros delitos" e integrada por psicólogos y psiquiatras del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público; así como expertos nacionales e internacionales en donde además de determinar el enfoque médico categorial, deberá considerar a la persona en su integralidad, en sus diversas

áreas psicosocial y teniendo en cuenta su derecho, desarrollo, género, psicosocial e intercultural en los que una experiencia traumática puede producir un daño psíquico para la investigación del caso donde debe considerarse un grupo de variables que permita realizar la comprensión integral del caso. "Estas variables, para efectos de la referida guía son:

a) Organización de personalidad: "Se considera las características de personalidad actuales y previas al hecho violento, mecanismos de defensa, formas de afrontamiento capacidades resilientes con los que cuenta, condición neurológica, psicopatológica y/o Intelectual que contribuya a las características actuales de la personalidad del examinado, trastornos previos al hecho violento, experiencias traumáticas previas, entre otros" pudiendo entender que esta variable comprendería en el examen practicado a la víctima donde se determina su estado emocional antes del hecho producto del daño psíquico, es decir es la observación del grado de vulnerabilidad que tiene el examinado ya que hay situaciones que para una determinada persona le ocasiona una lesión moderada o grave como a otra persona ese mismo evento le produciría una lesión leve. Considero que esta variable es muy importante ya que precisaría que no toda persona responde un mismo grado de daño psíquico por el mismo hecho o acontecimiento lesivo similares.

b) Entorno sociocultural: "se considera los factores sociales y culturales condicionantes, contexto social en que ocurrió la situación de violencia, factores de estrés coexistentes que influyan sobre el examinado, prácticas culturales, status socioeconómico, redes de soporte, etc". Se tomaría en cuenta el estado socio cultural y económico de la víctima al momento de sufrir el daño

psíquico, ejemplo el stress que viene atravesando la víctima, como asumiría el acontecimiento dañoso (violación sexual) un profesional médico, abogado, a diferencia de un ama de casa o empleada del hogar.

c) Descripción del evento/situación traumática: "se considera las características (escenario de violencia, evento violento, relación de dominio sobre el examinado), presencia o persistencia del estresor evento único, múltiple, cónico, recurrente." Esta variable tomaría en cuenta los elementos utilizados como son objetos (tipos de armas) y personas (pluralidad de agresores) la gravedad del hechos que produciría el daño tomando en cuenta los medios empleados, los lugares donde se produjeron los acontecimientos delictivos.

d) Curso de la historia del daño psíquico: "se considera la etapa del ciclo de vida en que ocurrió el hecho/situación violenta, evolución de los signos y síntomas relacionados con el trauma, contraste entre los cursos actual, posterior y pre-existente". Se refiere a la evolución del daño a través del tiempo tomando en cuenta el estado psicológico de la víctima antes de evento que produjo el daño, en el momento y después de dichos hechos. Aquí se toma en cuenta la evaluación continua periódica que va tener la víctima con su tratamiento psicológico.

e) Tiempo: "se considera la aparición de los signos o síntomas relacionados con el hecho violento y si se trata de un cuadro agudo, crónico, con secuelas o reagudizaciones, entre otro". Esta variable se toma en cuenta después de un tiempo de acontecido los hechos dañosos, donde se puede determinar cuál es el grado del daño síquico que ha dejado en la victima el hecho

dañoso ya que pueden surgir posteriormente estas secuelas del daño.

f) Evaluación clínica-forense: se considera el registro de los indicadores de la matriz de la Guía y su correspondiente calificación y análisis. Asimismo, se consideran las áreas de funcionamiento psicosocial: personal, pareja, familia, sexual, social, laboral/académica del examinado. Con relación a esta variable se produce una evaluación en la víctima conjuntamente con su entorno familiar, social, amistades, sexual y se determinada con la evaluación y análisis conjunto de indicadores (preguntas) donde se llega a una conclusión a través de una calificación que determina el grado de lesión psíquica.

g) Proyecto de vida: se considera la alteración del proyecto de vida encontrada en una o más áreas de funcionamiento y si esta es reversible o irreversible.

Esta variable comprendería sobre la afectación de daño psíquico y las secuelas que puedan surgir y como estas limitarían el desarrollo de factores como son educación trabajo que son decisivo para un proyecto de vida digno de la víctima.

h) Consistencia de los indicadores de daño psíquico encontrados con los hechos de Violencia referidos: “Se considera la consistencia de la relación causal entre los indicadores encontrados de daño psíquico y el relato de violencia(s) referido(s) por la Persona examinada”. El análisis existente entre la relación entre la acción y el daño es decir la comprobación que a través de esa acción se ha originado un daño.

"Además es importante mencionar que en la Guía para determinar la valoración del daño, se tiene que tomar en cuenta La Matriz de Indicadores donde muestra una serie de signos y síntomas que pueden presentar las personas después de experimentar hechos violentos".

La calificación de los indicadores se basa en tres criterios:

- "A) ALTERACIÓN DE LA FUNCIÓN/CAPACIDAD,
- B) PRESENCIA/PERSISTENCIA DEL INDICADOR,
- C) INTERFERENCIA EN LAS FUNCIONES

Para una vida autónoma. o Para calificar basta que uno de los tres criterios esté presente.

O LA CALIFICACIÓN DE INDICADORES TIENE LA SIGUIENTE ESCALA:"

AUSENTE (O), LEVE (L), MODERADO (M), GRAVE (G), MUY GRAVE

Ausente: "No hay presencia del indicador".

Leve: "Alteración de la función/capacidad: presencia del indicador en una mínima deficiencia de una función o capacidad luego del hecho violento. O incremento leve de la presencia del indicador en caso de su pre-existencia antes del hecho violento. Presencia/persistencia del indicador. Se trata de molestias temporales y/o intermitentes factibles de remisión. Interferencia en las funciones para una vida autónoma: Estos indicadores no afectan funciones en la capacidad de autonomía de la persona examinada".

Moderado: "Alteración de la función/capacidad: la persona examinada logra sobrellevar el indicador con esfuerzo, siendo

notoria la deficiencia en la función o capacidad. Presencia del indicador. Se trata de una deficiencia persistente, recurrente o crónica. Interferencia en las funciones para una vida autónoma: el indicador causa alguna interferencia en las actividades cotidianas; el examinado podría necesitar ayuda de la familia, redes de soporte, especialistas, fármacos u objetos de apoyo para sobrellevar el indicador".

Grave. "Alteración de la función/capacidad: El indicador alcanza un nivel de severidad o intensidad perturbadora de la capacidad o función. Existe riesgo para su integridad física o mental o la de los demás. Presencia del indicador.

Es un indicador persistente, recurrente o crónico que limita seriamente el funcionamiento del examinado. Interferencia en las funciones para una vida autónoma: El sujeto a pesar de esforzarse en controlar el signo o síntoma no consigue aliviarlo por sí mismo, existe una marcada interferencia en la actividad y por lo general requiere de soporte externo (fármacos incluidos) el que le ayuda de manera momentánea."

Muy Grave: "Alteración de la función/capacidad: Es un indicador que expresa la total o casi total deficiencia de la función o capacidad evaluada. Existe un alto riesgo para su integridad física o mental o la de los demás. Presencia del indicador. Es un indicador persistente y/o crónico. Interferencia en las funciones para una vida autónoma: el sujeto es incapaz de continuar con sus actividades cotidianas sin el soporte externo de terceros y/o un entorno supervisado a tiempo parcial y completo.

Las tablas para el establecimiento de un mínimo y la apreciación judicial como criterio para definir montos exactos.

Atendiendo a la existencia de las variables antes descritas, consideramos que es útil el combinar dos métodos de valoración del daño psicológico, siendo el primer criterio el que implica la creación de tablas tarifadas que regulan parámetros indemnizatorios. A cada clase de daño psicológico le correspondería un monto determinado. Dentro de las tablas podemos ubicar a los baremos. Un baremo es una tabla sistematizada de posibles daños ordenados en grado acompañados de una valoración económica. A manera de ejemplo a fin de determinar un piso o base mínima para la valuación del daño psicológico, la tabla es la siguiente:

Daño psicológico	valoración:
1. Leve	S/. 500.00
2. Moderado.	S/. 10 000.00
3. Grave.	S/. 25 000.00
4. Muy grave.	S/. 50.000.00.

Esta determinación base estaría complementada por el siguiente criterio, consistente en considerar los siguientes parámetros, en cada caso concreto: a) La naturaleza e importancia del bien jurídico vulnerado. b) El grado de culpabilidad del agente o su participación en el accidente o acto ilícito que causó el daño (según sea responsabilidad objetiva o subjetiva). c). Personalidad del agraviado. (edad, sexo condición social, profesión. Vínculo existente con la víctima. d) Grado de educación y cultura del reclamante. e) Posición social y económica del reclamante. Si el

agraviado es directo o indirecto. f) Perjuicios de disfrute o placer
g) Incapacidad temporal o permanente.

4.1.2. Daño Moral.

Según Fernández Sessarego lo "moral" es el conjunto de principios que posee toda persona.³⁹ No constituyen un específico aspecto de su estructura psicosomática. Lo que ocurre es que cuando se agravan estos principios se lesiona la estructura psíquica de la persona. Se tiene una determinada perturbación psicológica, malestar, rabia, indignación, incomodidad. Es decir, se trata de expresiones de carácter psicológico.

La tradicional concepción del daño "moral" se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que trae como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación psíquica, desequilibrio emocional. El daño "moral" es un daño a determinado "aspecto" de la persona, al igual que una multiplicidad de otros daños lesionan otros tantos aspectos del complejo y, a la vez, unitario ser humano. Se trata, en este

³⁹ Contrario a esta posición, Leysser León: "hay que expresar que, históricamente, el daño moral ha abarcado siempre dos significados: "En **sentido estricto y propio**, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa materia perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índole moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos. Por donde es, v. gr., daño moral el rebajar la reputación personal; la falta de educación paternal a los hijos cuyos padres faltan; un padecimiento o aflicción que es causado a uno, obrando directamente contra él o contra otro, de un modo ilícito y contra derecho. En **sentido lato e impropio**, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no toque en su patrimonio ni lo disminuya. Y así, es **daño moral** en este sentido, no sólo el que se ha indicado en el estricto, sino el que recae en cosas materiales, pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física. Las lesiones, heridas, contusiones, son daños morales, porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y de las aflicciones o padecimientos morales que además puedan sobrevenir, sea en la persona misma lesionada en su cuerpo, sea en otras que le pertenezcan". En Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el derecho civil peruano. Leysser L. León. El artículo ha sido publicado originalmente en Revista Peruana de Jurisprudencia 2003 N° 23.

específico caso de la lesión a una modalidad del género "daño a la persona".

Por otra parte para Leysser L León debe considerarse el concepto de daño moral por sobre el concepto de daño a la persona, siendo para este autor el daño moral definido como el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso, y definiendo al daño a la persona como el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico. El citado autor hace una crítica áspera a la inclusión de la categoría daño a la persona en el Código Civil, en los siguientes términos: "El art. 1984 no dice "también es resarcible el daño moral", ni tampoco que "el daño moral también debe ser indemnizado".

Criterio es sinónimo de elección y ésta ha de tener como antecedente una serie de alternativas que permitan de una manera coherente, a través de un método razonado y objetivo, llegar a una conclusión con el mayor grado de certeza acerca de un tópico, en este sentido, la determinación del daño moral y del daño psíquico, requiere como antecedente para la definición de criterios, el tener claros estos conceptos y los que se encuentren relacionados con los mismos; siendo tales definiciones extraídas de las fuentes del ordenamiento jurídico peruano, exposición de motivos de las normas que los dieron a luz; no así tanto de la jurisprudencia nacional, que sobre el tema se torna oscura en muchos casos, no habiendo podido extraer definiciones precisas, en esencia por el poco desarrollo doctrinal sobre el tema.

4.1.2.1. Daño moral y daño a la persona.⁴⁰

Según Carlos Fernández Sessarego⁴¹ el daño moral es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a la persona por lo que se debe considerar como un daño que afecta a la esfera sentimental del sujeto. Resulta así una modalidad psíquica del genérico daño a la persona, agregando que las consecuencias del daño moral tienden a disiparse y a desaparecer por lo general, con el transcurso del tiempo.

Asimismo, el autor precisa que en el daño biológico se agrede la integridad somática de la persona, de modo directo e inmediato, causándole heridas, fracturas, lesiones, en cambio en la lesión síquica, el daño puede incidir preferentemente en algunas de las manifestaciones en lo atinente a la inteligencia, a los sentimientos o a la voluntad. En suma el ponente distingue aquellos daños de carácter patrimonial –aquellos que tienen un valor traducible en dinero-, de aquellos que son considerados como daños a la persona de naturaleza extrapatrimonial, mencionando entre estos al daño biológico, - considerado como daño extrapatrimonial por ser atinente no a una cosa, sino a la subjetividad del ser humano entendido como una entidad, -el daño a la salud y el daño a la libertad.

⁴⁰"En nuestro sistema de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño, definido como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales el daño emergente y el lucro cesante; y como daños extrapatrimoniales, el daño moral y el daño a la persona"

⁴¹Carlos Fernández Sessarego. Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. En Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial", Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994 y en "Gaceta Jurídica", Tomo 79-B. Lima, junio del 2000.

De manera breve podemos decir que el mencionado autor acoge la categoría de daño a la persona tomándolo del modelo italiano, comprendiendo al daño moral dentro del daño a la persona. Según esta tendencia doctrinaria la clasificación básica del daño a la persona comprende al daño psicosomático y el daño a la libertad. A su vez el daño psicosomático comprende a las sub categorías de daño biológico, daño psíquico, daño a la salud o daño al bienestar *y el daño moral no sería – según la concepción del autor-, otra cosa que un daño psíquico atenuado.*

El "daño a la persona" incorpora o engloba dos definidas categorías de daños. Ellas se sustentan en la realidad si tenemos en cuenta la estructura ontológica del ente susceptible de ser dañado, es decir, del *ser humano*. Si el ser humano es, como se ha apuntado, una "unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad" sólo cabe dañar algún aspecto de esa unidad psicosomática o la libertad constitutiva del ser humano. De ahí que existan dos categorías de daños. La primera categoría es la referida al daño psicosomático, mientras que la segunda se contrae al "daño al proyecto de vida" o a la libertad fenoménica. No hay otro aspecto de la persona susceptible de ser dañada.

La primera categoría o "daño psicosomático" comprende todas o cualquiera de las lesiones inferidas tanto al soma, o cuerpo en sentido estricto, como a la psique. En cuanto ambos aspectos del ser humano constituyen una inescindible unidad, los daños somáticos repercuten, necesariamente y en alguna medida, en la psique, y los daños psíquicos, a su vez, tienen incidencias somáticas. Los daños a la estructura psicosomática de la persona generan, indistintamente, consecuencias tanto patrimoniales como

no patrimoniales. Ello depende del hecho que tales consecuencias puedan o no ser valorizadas en forma inmediata y directa en dinero.

Lo importante y rescatable de lo anteriormente manifestado es saber que todos los daños psicosomáticos, sin excepción, caen, lógica y necesariamente, en esta categoría. Así, son daños psicosomáticos desde una leve perturbación psicológica, como un dolor o un sufrimiento, hasta la pérdida de discernimiento; desde una pequeña lesión somática hasta aquella de graves consecuencias como son las que originan la amputación de algún miembro, por ejemplo. En este orden de ideas, el daño psicosomático a su vez se subdivide en daño somático y daño psíquico; en esta categoría de daños psíquicos se incluye, comprensiblemente, el daño moral desde que éste constituye un daño emocional que causa perturbaciones psíquicas, generalmente transitorias, no patológicas, como dolores o sufrimientos. Cabe hacer la salvedad que es posible que, *en algunos casos, una perturbación psíquica se pueda convertir en una patología psíquica.*

Como se aprecia de lo anteriormente expresado la sistemática adoptada, que considera dos definidas categorías de "daño a la persona" apoyadas en la realidad estructural del ser humano, difiere del modelo italiano que, a la fecha, muestra tres diferentes categorías como son el "daño biológico", el "daño moral" y el "daño existencial".

Según Fernández Sessarego el mal llamado daño "moral" no es una instancia autónoma o diferente del "daño a la persona" sino

que se trata de la lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicos de la misma, de carácter emocional. Refiere el autor que carece de significado seguir refiriéndose obstinadamente a un supuesto daño "moral". Según explica, lo que se daña son los *principios morales* de una persona. Este específico daño al bagaje moral causa, en la persona que lo sufre, perturbaciones psíquicas de distinta magnitud e intensidad, generalmente no patológicas.

En síntesis, Fernández Sessarego distingue dos tipos de daños, uno subjetivo y otro objetivo, el primero es el que corresponde al ser humano como persona, y el segundo a las cosas, a lo exterior al ser humano, también discierne entre daño patrimonial y extrapatrimonial, siendo el daño subjetivo uno de naturaleza extrapatrimonial. Dentro del daño subjetivo está el daño a la salud y el daño al proyecto de vida; dentro del daño a la salud se encuentra el daño biológico, el daño psicosomático y el daño existencial, luego, el daño psicosomático se escinde en daño psíquico y daño somático, y por último descarta la existencia del daño moral como categoría, mencionando que éste no es otro que un daño psicológico leve, pero que puede llegar a tener consecuencias crónicas, si no se trata a tiempo. Tomando en cuenta este punto de vista, problematizamos sobre este aspecto y nos preguntamos si el daño moral causado a los deudos de una persona que falleció a causa de un incidente de tránsito sufre lo que a juicio de este autor es sólo un daño psicológico leve, o si en realidad, el dolor o sufrimiento espiritual alude a otra categoría de daño, como lo es el daño moral.

El daño "moral" es tan sólo, como se ha señalado, un aspecto del daño psíquico en cuanto perturbación psicológica no

patológica, dolor, sufrimiento, indignación, rabia, temor, entre otras manifestaciones emocionales.

Según Carlos Fernández Sessarego, al no eliminar el concepto de daño moral y entenderlo como una categoría independiente al daño a la persona, se podría incurrir en el error de indemnizar dos veces a una misma persona por los mismos hechos, puesto que si como piensa el autor, el daño moral está comprendido dentro del concepto de daño subjetivo, entonces no tiene sentido el volver a repetir esta valuación. El no haber podido eliminar el Código civil de 1984 la voz de "daño moral" nos presenta el problema que en el artículo 1985° de este cuerpo legal se haga simultánea referencia al concepto amplio, genérico y comprensivo de "daño a la persona" y al de un daño específico, como es el llamado "daño moral".

No fue posible, en el momento en que elaboró el mencionado Código civil, que se comprendiera, por la novedad del nuevo tratamiento, el concepto científico de daño "moral", es decir y como se ha remarcado, como daño emocional, de carácter psíquico no patológico. Dentro de esta concepción, y también como se ha subrayado, el llamado "daño moral" se incorpora, dentro de una adecuada sistemática, dentro del genérico "daño a la persona" como un específico daño "psicosomático".

En cuanto el ser humano es una unidad psicosomática, los daños que se le causen pueden incidir ya sea en su cuerpo, en sentido estricto, o en su psique o afectar su propia libertad. El daño psicosomático puede recaer directamente en el cuerpo o soma del sujeto o en la psique, bajo el entendido que, en cualquier caso, el

daño a una de tales expresiones de la persona repercute, en alguna medida, en la otra. Ello sobre la base de la inescindible unidad psicosomática.

Fernández Sessarego, especialista en Derecho de Personas defiende la tesis de la existencia de la categoría jurídica a la que denomina daño a la persona, exponiendo su posición con relativo éxito, al haber sido objeto de debate hasta la actualidad la incorporación de este concepto dentro del sistema jurídico civil, por no pocos tratadistas, entre ellos, su mayor opositor, el Dr. Leysser León, quien se desliga totalmente de la ponencia por él realizada, catalogándola como inútil y poco práctica; sin embargo, esta tesis, si bien presenta deficiencias, también puede decirse que hay alguna precisión conceptual que es necesario rescatar, por lo que a continuación, de manera sintética, paso a analizar el tema propuesto por el Jurista Carlos Fernández Sessarego.

En primer lugar, hay que señalar qué se entiende por daño a la persona en la tesis del referido Maestro, quién menciona que: "En atención a la calidad ontológica del ente que sufre las consecuencias del daño puede diferenciarse claramente dos tipos de daños: uno que podemos designar como subjetivo (o "daño a la persona") y otro que denominamos objetivo (o daño a las "cosas"). El daño subjetivo es el que incide sobre el sujeto de derecho, que no es otro que el ser humano. Se le conoce generalmente bajo la denominación de "daño a la persona". De ahí que pueda utilizarse, indistintamente, las expresiones de "daño subjetivo" o "daño a la persona". Ambas apuntan al ser humano. A un ser humano que se despliega existencialmente en un proceso ininterrumpido desde su concepción hasta su muerte." Es así que

el autor contrapone el daño a la persona al llamado daño objetivo, definiéndolo como *"aquel que recae sobre lo que no es el ser humano, es decir, sobre los entes que se hallan en el mundo, que son los objetos conocidos y utilizados por el hombre."*⁴² En síntesis se puede establecer un binomio consistente en la contraposición entre Sujeto y objeto, siendo el sujeto o persona, referido al ser humano en sí, y el daño objetivo, que hace alusión a las cosas externas a la entidad humana a las cosas pertenecientes al mundo externo, ajeno al ser humano.

En este orden de ideas, el autor escinde el daño a la persona en daño psicosomático y daño a la libertad (daño al proyecto de vida), a su vez, divide el daño psicosomático en daño somático y daño psíquico, precisando que en el daño psicosomático debe diferenciarse entre el daño mismo y las consecuencias que se generan a partir de este daño, (daño evento y daño consecuencia, o daño biológico y daño a la salud). Ahora bien, si hay algo destacable dentro de la concepción teórica respecto del daño a la persona es lo siguiente: *"El daño a la salud puede generar, predominantemente, consecuencias centradas en el aspecto somático de la persona o, prevalentemente, en su psiquismo. Una lesión al cuerpo, como una notoria herida en la cara o la pérdida de un genital, acarrea consecuencias de ambos órdenes pues no sólo afectan la vida de relación o hacen que un órgano sea impropio para su función, sino que este déficit de bienestar, calificado predominantemente como somático, tiene también*

⁴²El artículo ha sido publicado en el libro "La persona humana", dirigido por Guillermo A. Borda, Editora "La Ley", Buenos Aires, 2001 y en "Ius et Veritas, Edición Especial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre del 2002. Pp. 16.

repercusiones de orden psíquico, de diverso grado e intensidad. Es decir, que tales repercusiones pueden expresarse a través de un daño emocional, pasajero o transitorio, designado tradicionalmente como "daño moral", o pueden derivar en un trastorno mental, en una patología psicológica. Que puede llegar a ser duradera. En el daño al psiquismo se evidencian consecuencias de diverso grado e intensidad". Es decir, que este criterio diferencia al daño moral catalogándolo como un "daño emocional, pasajero o transitorio" propio del daño a la salud, pero distinto del daño psíquico, (también incluido dentro del concepto daño a la salud), que es un daño de mayor intensidad"; sin embargo el autor olvidó mencionar que este daño psíquico para ser tal y consecuentemente ser tomado en cuenta deberá ser crónico, y definido como una patología clínica por un profesional de la psicología. Otro aspecto de la crítica a esta teoría radica en la deficiencia de las siguientes frases a decir del autor: *"el daño llamado "moral" que, como decimos, es un daño emocional, como cualquier psicopatía - que es una enfermedad - debe ser valorada dentro del concepto del daño a la salud. "*

A diferencia del ponente, nosotros somos de la posición que se inclina por la existencia del daño moral; al respecto, Taboada postula que "daño moral no se agota jurídicamente en los sentimientos por los miembros de la familia, sino también en cualquier otro sentimiento considerado digno y legítimo, como podría ser el caso de un ahijado, de una novia, de un padrino."⁴³

⁴³L. TABOADA CÓRDOVA, *Elementos de la responsabilidad civil*, cit., pp. 58-59

Ahora bien, respecto de ambas teorías asumo una posición intermedia reconociendo tanto la existencia del daño moral como del daño psíquico, entendido el daño moral como una afectación espiritual, que sólo puede manifestarse en casos de pérdida o daño conmensurable a la salud de la víctima, siendo los afectados tanto ésta como sus familiares y quienes demuestren tener una relación sentimental especial, notoria y considerable en el tiempo; por otra parte, el daño psíquico, también debe ser objeto de consideración, como un daño a la salud mental de quien lo sufre, daño que será crónico, y perceptible de ser evaluado y diagnosticado por un especialista en la materia, del mismo que se desprenderá un tratamiento terapéutico que deberá ser sufragado por quien lo haya causado, e impuesto como parte de la reparación civil.

Según Carlos Fernández Sessarego⁴⁴ el daño a la persona o daño subjetivo es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a la persona por lo que se debe considerar como un daño que afecta a la esfera sentimental del sujeto, agregando que las consecuencias del daño moral tienden a disiparse y a desaparecer por lo general, con el transcurso del tiempo. Esta última afirmación de Fernández Sessarego no permitiría establecer dentro de la categoría daño a la persona al llamado daño psíquico, puesto que si como él lo precisa, el daño a la persona engloba al daño moral y al daño psíquico, existen muchos casos en el que el daño psicológico se torna crónico, y no temporal.

⁴⁴ Carlos Fernández Sessarego. Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. En Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994 y en “Gaceta Jurídica”, Tomo 79-B. Lima, junio del 2000.

4.1.2.3. Clasificación del daño moral en objetivo y subjetivo.

El primero es aquel daño que tiene consecuencias patrimoniales, resultado de las angustias o lesiones físicas, no implicando una lesión espiritual; daño que se sufren las víctimas o agraviados a raíz de un hecho generador, esta lesión de intereses inmateriales trasciende a valores del patrimonio; luego, el daño no sólo afecta al ámbito subjetivo sino también al productivo. Entonces el daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio; a su vez el daño moral subjetivo comprende aquel que intrínsecamente lesiona aspectos sentimentales, afectivos; ocasionando un sufrimiento psíquico o una alteración moral del ofendido, este daño se refiere a un dolor o padecimiento espiritual, es decir, el que produce una lesión sin vulnerar el patrimonio del lesionado. La distinción entre daño moral objetivo y daño moral subjetivo, en el fondo lo que hace es confundir el daño moral con otros tipos de daños indemnizables, por lo que somos de la posición que el daño moral sólo comprende aquel que causa una afectación espiritual, es un daño únicamente de carácter extrapatrimonial, sin consecuencias patrimoniales, lo contrario sería confundir un supuesto daño objetivo con el daño que da lugar a lucro cesante o daño emergente.

4.1.2.4. La prueba del daño moral.

Abordamos la discusión sobre si los medios probatorios deben acreditar la existencia y gravedad del daño moral, en este caso, de ser afirmativa la respuesta, la carga de la prueba corresponde a la víctima. Sin embargo, en caso que el titular de la acción sea

quien pretenda el pago de la reparación , en este caso no necesitaría probar que realmente ha sufrido un agravio como consecuencia del delito, en razón que es una prueba que surge del hecho mismo; es decir, en lo referente a la prueba del daño moral si bien debe acreditarse su existencia y gravedad, esta prueba se puede lograr a través de presunciones inferidas a través de indicios, ya que, el hecho generador pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se dañan bienes jurídicos como la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, se puede con claridad inferir la existencia del daño moral. La existencia de este daño se tiene por acreditada por el solo hecho de la acción antijurídica y por la titularidad del accionante. El Magistrado debe fijar prudencialmente el monto del daño moral cuando no se tienen bases probatorias para establecer el quantum. La indemnización del daño moral causado a la víctima, a sus familiares, fijándose el monto prudencialmente en defecto de plena prueba.

4.1.2.5. Criterios que deben aplicarse al determinar el monto del pago que debe ser asumido por el responsable.

A este respecto el Acuerdo Plenario N° 05/99 se mencionó que *"al momento de establecer el monto en que debe consistir la reparación civil, el Juez debe atenerse exclusivamente a los aspectos a que hacen referencia los artículos 93 del Código Penal y 1985 del Código civil. Las reglas aplicables en la determinación de la reparación civil no son las mismas que corresponde emplear al momento de determinar la pena a imponerse. Consideraciones sobre la gravedad del delito, el carácter doloso o culposo de la infracción, la situación o calidades del agente y la realidad y capacidad socio económica del sentenciado, tienen relevancia al*

momento de establecer las consecuencias punitivas del hecho, pero no son pertinentes al momento de establecer las consecuencias civiles del mismo". El artículo 93 del Código Penal establece los alcances de la reparación civil, que comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios. A su vez el artículo 1985 del Código Civil establece que el contenido de 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.

Empero en la Doctrina Civilista no se ha establecido con uniformidad un concepto claro y que delimite los alcances del daño moral, circunstancia que ha dado lugar a que en Sede Penal se confunda este concepto con el de daño psíquico; así, en la R.N. N° 300-2004 SAN MARTIN, se mencionan como parámetros para la cuantificación del daño moral en caso de delito de agresión sexual a menor, haciendo previamente una aclaración de que no existen parámetros objetivos para cuantificar perjuicios morales, no obstante *"... la existencia del daño si puede ser apreciada de manera objetiva, traduciéndose en **los sufrimientos, la aflicción, el resentimiento y el ansia** que padece la menor como consecuencia de las relaciones sexuales a las que fue sometida por el sentenciado."* Aparentemente el Ad Quem (Sala Penal Permanente de San Martín) no hace alusión a lo que debe entenderse por daño moral, sino a lo que es identificado como daño psicológico. De la misma manera en la Causa Penal N° 341-06, en el Sexto considerando de la Sentencia, se menciona que la víctima *"... se ve afectada como consecuencia de las agresiones sexuales y **el daño moral es la afectación a la vida***

sentimental, el dolor, pena o sufrimiento de la víctima y de su familia, considerados socialmente legítimos a raíz del evento delictivo ocurrido por lo que la determinación de la reparación civil debe guardar proporcionalidad con el daño causado”. Qué es en sí el daño moral y qué el daño psicológico, a partir de esta distinción, cuáles son los criterios a adoptar para cuantificar el daño psicológico, y en qué medida debemos resarcir el daño moral como un concepto independiente del daño material (daño a las cosas y lesiones corporales) y del daño psicológico (lesiones psíquicas). Lo cierto es que si atendemos al Principio de debida motivación de las sentencias,⁴⁵ en materia penal serían muy pocas las que pasarían este filtro con suficiencia, en razón de que debido a esta falta de motivación, casi todas serían susceptibles de apelación en este extremo, ejemplo de ello es la Resolución emitida por la Sala Penal Permanente de Apelación de la Corte Superior de Justicia de Huaura en el expediente N° 00413-2009-18-1308-JR-PE-01, en el cual, en uno de sus fundamentos sustenta que la sentencia apelada vulneró las garantías de la debida motivación de la resolución judicial y de defensa. Por lo que debe declararse, de oficio, su nulidad, retrotrayendo el proceso hasta el momento en

⁴⁵ “La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declara fundado el recurso de casación exponiendo que las instancias de mérito no han expresado mayores fundamentos respecto de la prueba del daño causado a la demandante así como a la relación de causalidad entre la acción imputada y el evento doloso, habiéndose limitado a fijar el monto de la indemnización, sin expresar mayores consideraciones respecto de los medios probatorios que acreditarían el daño patrimonial y no patrimonial a efectos de fijarse dicho quantum indemnizatorio. Continúa exponiendo que, **si bien la existencia de un daño moral constituye un daño de carácter no patrimonial que resulta difícil cuantificarlo, le corresponde al juez valorar equitativamente dicho concepto expresando su valoración razonada al respecto de acuerdo a los principios de la sana crítica, extremo que no aparece haber sido examinado por las instancias de mérito que se han limitado a invocar el artículo 1984 del Código Civil, respecto del daño moral señalando conceptos genéricos sin entrar a examinar el caso concreto en cuanto a la existencia de un perjuicio. Finalmente, la Sala Suprema concluye que en el caso sub- materia las sentencias de mérito adolecen de una adecuada motivación, encerrando una motivación aparente que infringe lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 122 del Código Procesal Civil, así como lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 139 de la Constitución Política del Estado.** En: *Casuística de Jurisprudencia Civil. Diálogo Con la Jurisprudencia. Primera Edición. Mayo 2011. Gaceta Jurídica S.A. Impreso en Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L Pp. 446.*

que se generó el vicio sustancial, debiendo, por ende, realizarse la audiencia para establecer el monto de la reparación civil, la cantidad que corresponde a cada una de las agraviadas, así como el plazo y modo de pago, lo que no impide que sobre ello se pueda producir acuerdo entre las partes procesales.⁴⁶

El daño moral se fija sin ningún parámetro que permita determinar la equivalencia de éste en dinero, esto en razón a que no existe correspondencia entre el padecimiento y una cantidad monetaria, consecuentemente no puede concederse una reparación exacta; no obstante, esto no quiere decir que no deba concederse indemnización alguna ante la presencia de un daño moral, pues, toda lesión a un interés jurídicamente relevante debe ser reparada o indemnizada, de lo que se trata es de fijar una compensación económica a su lesión.

La valoración del daño consiste en determinar la naturaleza del daño, su grado y su equivalencia en dinero. Respecto a su naturaleza, el daño moral consiste en dolor o sufrimiento espiritual infligido con un hecho ilícito.

a. El libre arbitrio judicial.

Un primer criterio de determinación del quantum del daño moral no sujeto a parámetros estrictos, es el que corresponde a los jueces quienes establecen la cantidad tomando en cuenta su función resarcitoria, el principio de reparación integral del daño, la gravedad de la lesión espiritual sufrida y el hecho generador de la responsabilidad, sin exista necesariamente una relación entre el

⁴⁶ Efectos procesales de declarar la nulidad de una sentencia en el extremo de la reparación civil. En Gaceta Jurídica Penal y Procesal Penal. Información especializada para abogados y jueces. Tomo 21. Marzo 2011. Pp. 253.

perjuicio material y moral. El juez al llevar a cabo esta labor deberá conducirse en forma prudente, guiado por el influjo de los principios de proporcionalidad y racionalidad. Este criterio manifiesta que la cuantificación indemnizatoria está supeditada, exclusivamente, al parecer del juez, en el caso concreto.

b. Las tablas.

Este método implica la creación de tablas tarifadas que regulan parámetros indemnizatorios. A cada clase de daño moral le correspondería un monto determinado. Dentro de las tablas podemos ubicar a los baremos. Un baremo es una tabla sistematizada de posibles daños (generalmente físicos) ordenados en grado acompañados de una valoración económica, desde la muerte o fallecimiento hasta las más leves incapacidades, pasando por la gran invalidez. Este criterio es más adecuado para la determinación de daños materiales, más es inconsistente para fijación del quantum del daño moral.

c. La Técnica judicial.

Este criterio implica considerar una serie de resoluciones anteriores en casos similares al caso de la resolución a expedir y crear a partir de las mismas sentencias precedentes una coherencia indemnizatoria entre soluciones jurisdiccionales en conjunto con un amplio ámbito valorativo. No obstante, en nuestro ámbito es casi imposible acudir a sentencias que puedan constituir referentes de valuación del daño moral, puesto que éstas han sido confeccionadas en su generalidad, por el mal entendido libre arbitrio del Juez, sin una adecuada fundamentación de las resoluciones judiciales.

d. La Sana Crítica.

Es la operación intelectual realizada por el juez y destinada a la correcta apreciación del resultado de las pruebas. Es el método de apreciación de la prueba, donde el juez la valorará de acuerdo a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente probados; sin embargo, no siempre existirá prueba del daño moral, por lo que esta técnica presenta sus limitaciones.

e. El método de la valoración en cada caso concreto.

Este método en sí sustituiría temporalmente a la técnica judicial, hasta el momento de encontrar el fortalecimiento de los precedentes jurisprudenciales, proponiendo criterios de aplicación del quantum de la reparación civil en víctimas de delitos violentos, en el contexto del daño moral infligido bajo los siguientes parámetros:

a) La naturaleza e importancia del bien jurídico vulnerado. b) El grado de culpabilidad del agente o su participación en el accidente o acto ilícito que causó el daño (según sea responsabilidad objetiva o subjetiva). c). Personalidad del agraviado. (edad, sexo condición social, profesión. Vínculo existente con la víctima. d) Grado de educación y cultura del reclamante. e) Posición social y económica del reclamante. Si el agraviado es directo o indirecto. f) Perjuicios de disfrute o placer g) Incapacidad temporal o permanente.

“Criterios de determinación del daño psíquico y del daño moral a efectos de precisar el monto de reparación civil en víctimas de delitos violentos, en la ciudad de Cajamarca – años 2009 a 2011.”

CAPÍTULO V

CONTRASTACION DE LA HIPÓTESIS

4.2. Análisis de resoluciones judiciales del distrito judicial de Cajamarca- Sede Cajamarca.

4.2.1. Resolución de acuerdo de Terminación Anticipada, del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Cajamarca.⁴⁷

La materia del proceso sub análisis corresponde al delito de lesiones graves, se aprecia que el considerando sexto de la resolución contempla los alcances de la reparación civil, de la cual se fundamenta jurídicamente en el artículo 93 del Código Penal, comprendiendo "la restitución del bien en caso de ser posible, el pago de su valor y la indemnización por daños y perjuicios", mencionando seguidamente que debido al acuerdo proyectado entre ambas partes, el monto de la reparación civil ha sido fijado en forma prudencial y acorde con el daño ocasionado".

Observamos que la resolución no guarda correspondencia con los hechos, puesto que la terminación anticipada es un proceso especial el cual tiene por objeto la obtención de una sentencia acorde a derecho, en la que se fije una pena previamente a la aceptación de la responsabilidad del procesado, con la consiguiente aplicación de consecuencias accesorias, como lo sería en este caso la obtención de una reparación civil a favor del agraviado. Empero, la función del Juez en este proceder es evaluar cuáles fueron las razones, los argumentos que llevaron a las partes a llegar a esa suma determinada, de mil seiscientos nuevos soles,

⁴⁷ Expediente N° 0945-2010-61-0601-JR-PE-01 del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Cajamarca.

es decir, analizar los presupuestos o premisas bajo las cuales se llega a esa conclusión.

La fundamentación jurídica sólo contempla la mención al artículo 93, la cual, por supuesto hace mención a los alcances de la reparación civil, pero de manera somera, es decir, que este artículo hace referencia a la restitución del bien, o si no es posible, al pago de su valor, haciendo así alusión a un bien, como "algo", no como un bien jurídico protegido, así como también señala a la indemnización por daños y perjuicios. Pero este artículo por sí solo no expresa el sentido total de la reparación civil, y ha sido pobremente interpretado por el A Quo, quien menciona en su resolución que este monto ha sido fijado acorde con el daño ocasionado.

Si hace referencia a la restitución del bien, el Juez de Garantías no ha reparado en la naturaleza del proceso, es decir, que se trata de una reparación civil por lesiones, y en la resolución ni siquiera se precisa el tipo de lesiones que fueron causadas, o que medio probatorio en concreto prueba la naturaleza e intensidad de la lesión. Entonces no se debe confundir la reparación civil en sentido estricto, que comprende la restitución del bien o el pago de su valor, con la indemnización, que implicaría el reconocimiento de los daños causados.

El acuerdo ha sido fijado en la suma de mil seiscientos nuevos soles, habiendo las partes llegado a un acuerdo "por todo concepto". No se ha distinguido entre cada concepto, por lo cual sólo se puede estimar que fueron lesiones de tipo físico, por lo cual, la motivación sólo es aparente.

4.2.2. Resolución de acuerdo de Terminación Anticipada, del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Cajamarca.

El delito por el cual se emite sentencia corresponde a lesiones graves, en el cuaderno de debate N° 1884-2010-55-0601-JR-PE-02, lesiones que fueron inferidas en el rostro del agraviado, causándole deformación de rostro grave y permanente, causada por agente cortante. Respecto al pago de reparación civil, el Juez de la causa tomó en cuenta los siguientes presupuestos: En primer lugar menciona la transacción extrajudicial presentada por las partes para su aprobación contemplando solamente un pago en parte de la reparación civil. Luego, para fundamentar el monto a otorgar, el Juzgador se basa en el artículo once del Código Procesal Penal, es decir, que la acción civil, corresponde al Ministerio Público, si el perjudicado con el delito no se ha constituido en actor civil; además, toma en cuenta los siguientes elementos de la responsabilidad: a. Antijuricidad, traducida en la actuación del imputado contraria al ordenamiento jurídico, b. El daño causado. C. La relación de causalidad, es decir el nexo existente entre la consecuencia dañosa y el evento que la determinó y d. Los factores de atribución que en este caso es el dolo. Prosiguiendo, sustenta la diferenciación de daños, mencionando que existe un daño patrimonial y extrapatrimonial, estableciendo una semejanza entre daño a la persona y daño moral, mencionando por último que la afectación causada al agraviado ha recaído en su integridad física, por la desfiguración de rostro grave y permanente, señalando además la existencia de un daño patrimonial, traducido en el daño emergente, es decir, la pérdida que ha sobrevenido en el patrimonio del sujeto afectado por el acto ilícito, los gastos que ha generado la atención médica y su tratamiento; además señala que

existe lucro cesante, que es el monto económico dejado de percibir en sus labores u ocupación durante los días que dejó de laborar a raíz de su recuperación por la lesión sufrida. De lo expuesto, se puede rescatar la diferenciación de los daños materiales y su definición, la misma que contrasta con la falta de definición tanto del daño moral, como del daño a la persona, haciendo una equivalencia entre ambos daños. Llama la atención la cifra establecida para el daño moral, que es equivalente a mil nuevos soles, que son señalados a cambio de una lesión permanente en el rostro desfigurado del agraviado, la cual ha causado una grave afectación, tanto espiritual como psicológica al afectado, monto que es simbólico y no representa en lo más mínimo al daño moral causado. En resumen, en este caso, existen criterios de determinación del daño material, pero no suficientes para justificar el quantum, en razón que el monto de la reparación civil por este tipo de daño es igual a cuatrocientos veintitrés nuevos soles con setenta céntimos, cifra ni siquiera cercana a la remuneración mínima vital. En el caso que nos ocupa no existen criterios de determinación del daño moral y no se ha diferenciado este daño del daño a la persona.

4.2.3. Resolución de acuerdo de Terminación Anticipada, del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Cajamarca.

La materia del presente proceso es lesiones graves por violencia familiar,⁴⁸ el considerando cuarto de la resolución en comento señala una reparación civil de trescientos nuevos soles,

⁴⁸ Expediente 1865-2010. Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria.

monto que el Juez considera “**razonable, atendiendo a las condiciones del imputado**”, y acogiéndose a los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, aprueba el acuerdo. Evidentemente, el Juzgador avala un acuerdo sin tomar en cuenta los intereses de la víctima, es decir, que al atender a las condiciones del imputado, desconoce el Principio del daño causado, que es el criterio que debe contemplar para partir hacia una determinación adecuada de la reparación civil. Se debe subrayar de los vistos, que se han presentado en autos medios probatorios referidos sólo a la lesión corporal, como lo es el certificado médico del caso; empero, no se ha señalado medio de prueba alguno que precise si hay lesión psíquica o la descarte, nótese que por la naturaleza de esta agresión, al ser la pareja de la víctima la que causa la lesión física, este ataque conlleva también un daño psicológico añadido, pero los sujetos procesales se han desentendido en este extremo respecto de la fundamentación del agravio que se ha obviado. El principio de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad si bien es cierto son procesos que se sitúan como inherentes al ordenamiento jurídico penal, no se vinculan directamente (salvo el de legalidad), a una justa reparación, puesto que son aplicables de manera superficial, no ayudan a la determinación de un monto de reparación civil.

4.2.4. Quinto Juzgado Penal Liquidador de Cajamarca.

El expediente en análisis, ⁴⁹ tiene como materia el delito de homicidio culposo, en cuyo considerando octavo, si bien se mencionado el daño causado como principio rector a fin de

⁴⁹ Expediente N° 2007-0062-060108JX1P - Quinto Juzgado Penal Liquidador de Cajamarca.

determinar el monto de la reparación civil; sin embargo, a continuación se mezcla de forma indebida al principio de proporcionalidad, con la fijación prudente y razonable de una reparación civil. Seguidamente no se hace alusión a ningún tipo de daño causado, ni a los conceptos de reparación civil que deberían ser pagados, sólo se menciona que el acusado es soltero, con un hijo, que es chofer de ocupación y percibe una suma de ochocientos nuevos soles quincenales. Esta forma de fundamentar, en clara contradicción con el Principio de obligación de motivación de la sentencia, atenta contra el derecho a un debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y a la obtención de una sentencia justa, no entendiéndose cómo es que si se está tratando un tópico que atañe directamente a la víctima, se toma en cuenta las condiciones personales del procesado.

4.2.5. Sentencia N° 58 del Quinto Juzgado Penal Liquidador de Cajamarca.⁵⁰

En este expediente se hace una breve reseña de los artículos 92 a 101 del Código Penal, así como los artículos 45 y 46 del mismo Código (que extrañamente tratan de la determinación de la pena, tópico totalmente distinto a la reparación), mezclando la determinación de la pena, con la determinación de las consecuencias accesorias. La receta es la misma, fijación de la reparación civil de manera prudencial, es decir, aquí el delito es lesiones graves seguidas de muerte, pero si hubo muerte, no se

⁵⁰ Expediente N° 2003-135-0-0601-JM-PE-01. Quinto Juzgado Penal Liquidador de Cajamarca.

tuvo en consideración el posible daño moral de los sobrevivientes y otros tipos de daño.

4.2.6. Primer Juzgado Penal Liquidador de Cajamarca.⁵¹

Proceso por homicidio culposo por inobservancia de reglas de tránsito. En este Proceso se emite la sentencia N° 96, de fecha 24 de septiembre de 2010, en cuyo considerando décimo se menciona que la reparación civil debe fijarse de acuerdo con el bien jurídico protegido, que en este caso es la vida, haciendo mención al artículo 95 del Código Penal. No menciona la razón por la cual se fija la reparación civil, la misma que comprende la restitución del bien o si no es posible el pago de su valor, así como una indemnización por daños y perjuicios causados, basándose en los artículos 92 y 101 del Código Penal. Asimismo, tampoco agrega si se ha causado un daño tanto económico como moral a la víctima del delito, puesto que no se encuentra documentalmente probado el monto que la víctima invirtió en la recuperación de su salud. Luego, en la parte resolutive de la sentencia se fija una reparación civil equivalente a ocho mil nuevos soles. Haciendo un análisis de la resolución en comento, observamos que no se ha tomado en cuenta para la determinación del quantum de la reparación civil el concepto de daño moral. Podríamos en un principio señalar que el A Quo intentó hacer alusión a un criterio de determinación del quantum del daño moral no sujeto a parámetros estrictos, como lo es el libre arbitrio judicial, al estar guiado por el influjo de los principios de proporcionalidad y racionalidad, pero en este caso no ha mencionado estos principios. Si el Juez ha elegido cuantificación indemnizatoria supedita a su parecer, en el caso concreto, debió

⁵¹ Expediente N° 2003-135-0-0601-JM-PE-01. Quinto Juzgado Penal Liquidador de Cajamarca.

mínimamente, hacer alusión al principio de reparación integral del daño, la gravedad de la lesión espiritual sufrida y el hecho generador de la responsabilidad, sin que exista necesariamente una relación entre el perjuicio material y moral. Es este el peligro de utilizar el criterio de libre arbitrio, al no sustentar ni diferenciar distintos tipos de daño infligido a la víctima por lo que, no es suficiente mencionar que el quantum de la reparación civil ha sido fijado "prudencialmente". Por último, no existe alusión al daño psicológico causado, el mismo que si existe en casos de homicidio culposo por accidente de tránsito, pues, la depresión es un factor común entre los familiares y afines del occiso, recuperación que en muchos casos no es total, es penosa, conlleva una rehabilitación costosa, el estrés postraumático, o la depresión son algunas consecuencias psicológicas que acompañan a esta clase de delitos, las cuales, por supuesto, requieren de una adecuada indemnización, que sea coherente y más aproximada a la realidad y sufrimiento de la víctima.

4.2.7. Primer Juzgado de Investigación Preparatoria.

El presente proceso tiene por objeto el delito de violación sexual de menor de edad, se encuentra en etapa intermedia, y corresponde a una audiencia preliminar de control de acusación. El Fiscal a cargo ofrece como medios de prueba el protocolo de pericia psicológica de la menor agraviada, la declaración de un antropólogo forense y el informe antropológico social, solicitando un pago por reparación civil de tres mil nuevos soles. Sin embargo, nosotros somos de la opinión que debía realizarse una pericia psicológica a los padres de la menor, para efectos de descartar síntomas de depresión derivados del conocimiento del suceso, sin perjuicio de la valoración del daño moral, por considerar que

ambos, si bien no son víctimas del delito de violación, son agraviados, en el sentido que tal hecho les ha causado un grave daño moral, una afectación espiritual, basada en el dolor que sienten como padres al saber que su hija ha sido ultrajada sexualmente, extremos que no han sido mencionados por el fiscal a cargo. Tampoco se menciona el por qué tres mil nuevos soles son necesarios para paliar la situación, por qué no más ni menos, claro, que en esta etapa no se discute la razón del monto, pero por ser un requerimiento acusatorio, debe estar debidamente sustentado, a fin de que el acusado, pueda prepararse en forma debida para hacer un cuestionamiento en fase de juicio oral. Hay que tomar en cuenta que el requerimiento acusatorio es la base sobre la cual habrá de emitirse una sentencia, la misma que deberá guardar coherencia lógica con los argumentos, medios de prueba y respaldo o fundamentación jurídica esbozados en fase intermedia, por lo que es necesaria una debida fundamentación que indique los criterios utilizados para determinar los daños, individualizando los mismos, teniendo en cuenta que en el presente caso se ha producido un daño extrapatrimonial, que incluye un daño psicológico y moral respecto de la víctima, así como un daño moral respecto de los padres agraviados, por lo que el requerimiento acusatorio es deficiente en este extremo. No corresponde hablar del resarcimiento por los gastos de tratamiento o curación (daño emergente), rubro distinto a la indemnización dispuesta por la lesión misma a la integridad de la víctima, reiteramos, que se ha obviado señalar el daño moral infligido a los padres de la menor, de ahí la importancia de saber diferenciar entre los distintos tipos de daño y quiénes serían los beneficiarios de la correspondiente reparación e indemnización.

4.2.8. Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria.

El presente proceso corresponde a uno ventilado por lesiones graves, con desfiguración de rostro, en este acto el Representante del Ministerio Público ofrece como medio de prueba, una declaración de testigo y un certificado médico legal, con el cual acredita la lesión, luego solicita el pago de una cantidad ascendente a mil nuevos soles, por concepto de reparación civil, monto que se solicita en base a la constancia del centro médico y boleta de compras de medicamentos. Estos extremos corresponde a gastos realizados por la víctima que deberían ser merituados dentro de los daños patrimoniales, y entre éstos, dentro del daño emergente, señalado como la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, un empobrecimiento generado a partir del pago de medicinas y tratamiento, cual no se condice con los daños extrapatrimoniales, ni sirve para sustentar la petición de un monto equivalente a mil nuevos soles, dada la existencia de una desfiguración de rostro, a la cual acompaña un dolor espiritual y probable lesión psíquica, con pérdida de autoestima y pérdida de adaptación al entorno familiar, laboral y social de la afectada. Llama la atención que en éste, como en muchos otros casos, la parte agraviada no se haya constituido en actor civil, lo cual redundaría en la falta de argumentación jurídica debida para reclamar adecuadamente una cantidad por los distintos tipos de daño, esta circunstancia implica una clara afectación al derecho de defensa de la víctima. Es erróneo pensar que esta no es la etapa propia para sustentar un monto suficiente y equitativo para efectos del pago de una reparación civil, puesto que ofrecida la cantidad de mil nuevos soles "por concepto de daños materiales", consideramos que en juicio no podría el fiscal a cargo pedir una cantidad mayor, o sustentar otros tipos de daño, como son, para

el caso concreto, el daño moral y el daño psicológico. Es así, que el monto por reparación civil es exiguo y no corresponde a la entidad y naturaleza del bien jurídico lesionado. Aún queda el prudente arbitrio del Juez para valorar este tipo de daños, pero siempre sometido a la petición del Fiscal en etapa intermedia. En conclusión, la reparación civil debe realizarse valorando la entidad del daño por medio de pericias y si no fuere así, por medio de criterios de determinación de daños a fin de buscar una proporcionalidad relacionada con la naturaleza y características del daño ocasionado.

4.2.9 Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria.⁵²

El presente proceso corresponde al delito de lesiones leves por violencia familiar, el acto procesal es uno de control de acusación, en este caso la parte agraviada es una madre de familia; sin embargo, de la revisión del acta de registro de audiencia, se observa que el hijo de la señora antes citada, también fue objeto de daño psicológico al presenciar el hecho consistente en que su padre golpeó en la cara a su madre, el fiscal ofrece como testigo al menor, pero obvia incluirlo como agraviado, claro, el delito corresponde a uno de lesiones leves, el cual contempla lesiones física, y no psicológicas, debiendo aclarar que las lesiones físicas en estos casos tienen efectos tanto en lo psíquico como en lo moral; el fiscal ofrece el certificado médico legal a efectos de acreditar las lesiones sufridas por la agraviada, así como el examen pericial del perito médico y la declaración referencial del menor. Al respecto nos preguntamos, por qué razón el fiscal no solicitó una

⁵² Expediente N° 1068-2010. Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria.

pericia psicológica a efectos de verificar la existencia de daño psicológico?; por qué razón el fiscal no solicitó una indemnización por el daño moral causado?. Si nos remitimos a lo prescrito por el artículo 122-B del Código Penal, observaremos que el tipo penal menciona de manera textual "El que causa a otro daño en el cuerpo o en la salud por violencia familiar que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y suspensión de la patria potestad según el literal e) artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes". De la lectura del artículo, podemos ver que se diferencian dos aspectos, el daño en el cuerpo y el daño en la salud, esto no quiere decir que el daño en el cuerpo sea diferente al daño en la salud, o que un daño corporal no sea un daño en la salud, lo que se quiere dar a entender es que el daño en el cuerpo es un daño físico, y el daño en la salud, comprende también al daño psicológico y al daño moral. Pero, en el delito por el que se encausa a este procesado se estiman dos daños que necesariamente deben ser acreditados mediante pericia, uno es el daño en el cuerpo físico de la persona, el cual sí se encuentra acreditado mediante la pericia respectiva, y el otro es el daño psicológico que es el daño que no se acreditó y que de su pericia dependía incluso la tipificación del delito, al poder diferenciar lesiones leves psíquicas de lesiones graves psíquicas, (artículo 121-B); si la pericia psicológica hubiere acreditado lesiones graves psíquicas, estaríamos hablando de una pena que oscila entre cinco y diez años, lo cual incide en la condición jurídica del procesado durante la investigación, tomando en cuenta la prognosis de pena del delito de lesiones graves, en esto radica la importancia de una

debida valoración de la gravedad de las lesiones psicológicas de la parte agraviada, las cuales deben estar acreditadas.

4.2.10. Primer Juzgado Penal Liquidador.⁵³

El presente proceso corresponde a uno por lesiones culposas graves, cuya sentencia N° 49 fue emitida en fecha 25 de abril de 2011, lesiones que fueron inferidas a un menor a raíz de un accidente de tránsito, la sentencia en su considerando séptimo refiere sobre la responsabilidad civil que en aquellos casos en que la conducta del agente produce daño, corresponde fijar junto a la pena el monto de la reparación civil, la misma que comprende la restitución del bien o si no es posible, el pago de su valor, así como una indemnización por los daños y perjuicios causados, tal y como lo prescriben los artículos 92 a 101 del Código Penal. Asimismo, agrega que el representante del Ministerio Público en su acusación ha solicitado se imponga la suma de dos mil nuevos soles como reparación civil, empero, la parte civil mediante escrito cuestiona dicho monto y solicita se fije una reparación civil de veintidós mil nuevos soles, en razón que el menor agraviado ha sufrido heridas múltiples en la región mentoniana y hemicara derecha, herida a colgajo en región vestibular superior con pérdida traumática de piezas dentarias incisivos y originando fractura dentoveolar de maxilar superior, lo cual requirió que el menor agraviado sea intervenido quirúrgicamente. Luego, el Juez prosigue mencionando que es obvio que se ha causado un daño tanto económico como moral, económico pues se encuentra acreditado con el certificado médico legal, y moral por estar incapacitado para realizar actividades por espacio de treinta y cinco días. Asimismo, tiene en

⁵³ Expediente N° 2008-1377.

cuenta el monto económico desembolsado por el procesado para restablecer la salud del agraviado, con las boletas por gastos médicos. Luego, en su parte resolutive, el Juzgador fija la suma a pagar, en siete mil nuevos soles, de los cuales se deducirán cuatro mil ochocientos cuarenta y un nuevos soles, que el sentenciado canceló para la recuperación "en parte" de la salud del menor agraviado. Ahora bien, haciendo un análisis de los daños tomados en cuenta por el A quo, vemos que respecto de los daños patrimoniales, toma en cuenta el daño emergente, basado en los gastos generados a partir de la operación quirúrgica realizada al menor y los gastos en medicinas, de igual manera, se ocupa del daño moral, pero este daño lo mide en proporción a la incapacidad para realizar actividades (por treinta y cinco días), lo cual es errado, pues el daño moral no se basa en no poder hacer cosas, tampoco requiere necesariamente un certificado médico legal para ser acreditado, sino, que es el dolor interno, espiritual del menor, al ver su rostro desfigurado por el accidente, el que le produce este daño, el cual, no terminará después de los treinta y cinco días que estima el Juzgador, que puede durar, sino, que podría ser un daño permanente, (huella indeleble), aunado a un daño psicológico no evaluado. Por otra parte, el daño emergente es estimado por el Juzgador, en cuatro mil ochocientos cuarenta y un nuevos soles, (estimo esta suma, de extrayéndola de la parte resolutive de la sentencia), y el resto, es decir, dos mil ciento cincuenta y nueve nuevos soles, serían por concepto de daño moral, pero si tomamos en cuenta el criterio equivocado del Juez, tendríamos que dividir esta suma por los treinta y cinco días que según estima, constituyen el tiempo por el cual el agraviado sufrirá este tipo de daño, resultando una suma por daño moral equivalente a sesenta y un nuevos soles con sesenta y nueve céntimos por cada día;

“Criterios de determinación del daño psíquico y del daño moral a efectos de precisar el monto de reparación civil en víctimas de delitos violentos, en la ciudad de Cajamarca – años 2009 a 2011.”

siendo este monto basado en este criterio muy alejado de la realidad que debe vivir el niño con el rostro desfigurado.

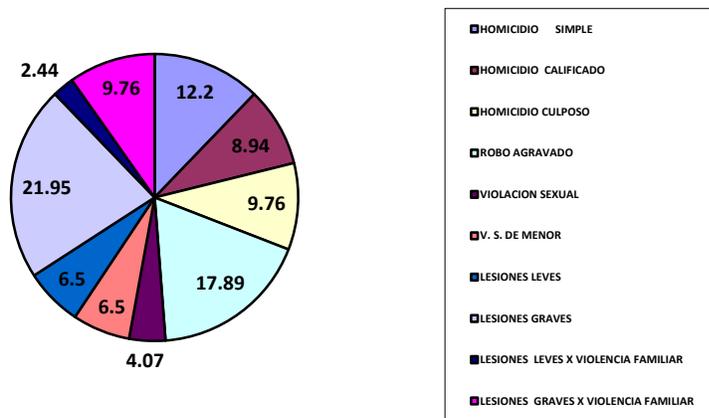
CUADRO N° 01

CLASES DE DELITOS									
HOMICIDIO SIMPLE	HOMICIDIO CALIFICADO	HOMICIDIO CULPOSO	ROBO AGRAVADO	VIOLACION SEXUAL	V. S. DE MENOR	LESIONES LEVES	LESIONES GRAVES	LESIONES LEVES X VIOLENCIA FAMILIAR	LESIONES GRAVES X VIOLENCIA FAMILIAR
3	2	4	4	1	2	3	5	0	4
7	3	5	7	2	3	2	15	2	3
5	6	3	11	2	3	3	7	1	5
15	11	12	22	5	8	8	27	3	12
12.20	8.94	9.76	17.89	4.07	6.50	6.50	21.95	2.44	9.76
5.00	3.67	4.00	7.33	1.67	2.67	2.67	9.00	1.00	4.00

El cuadro que antecede reseña los procesos penales de la muestra representativa cuyo objeto son los delitos violentos.

GRAFICO:

DELITOS VIOLENTOS PERIODO 2009 – 2010 - 2011



"Criterios de determinación del daño psíquico y del daño moral a efectos de precisar el monto de reparación civil en víctimas de delitos violentos, en la ciudad de Cajamarca – años 2009 a 2011."

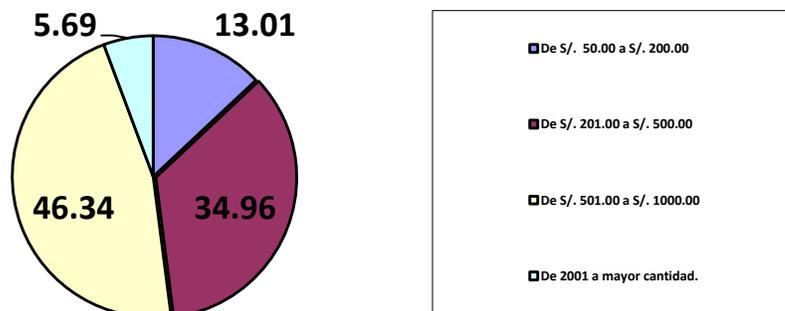
MONTOS RESARCITORIOS SEÑALADOS EN LAS SENTENCIAS PENALES.

CUADRO N° 02

MONTOS RESARCITORIOS SEÑALADOS EN LAS SENTENCIAS PENALES.		
		%
De S/. 50.00 a S/. 200.00	16	13.01
De S/. 201.00 a S/. 500.00	43	34.96
De S/. 501.00 a S/. 1000.00	57	46.34
De 2001 a mayor cantidad.	7	5.69
TOTAL	123	100.00

MONTOS RESARSITORIOS SEÑALADOS EN LAS SENTENCIAS PENALES EN PORCENTAJES (%)

GRAFICO:



- De la información obtenida en 123 procesos penales, se puede observar que en 16 casos (% 13.01), se ha condenado al pago de S/. 50.00 a S/. 200.00 nuevos soles por reparación civil a favor de la parte afectada por el delito.
- En 43 casos (% 34.96) se ha condenado al pago de S/. 201.00 a S/. 500.00 nuevos soles por reparación civil a favor de la parte afectada por el delito.
- En 57 casos (% 46.34), se ha condenado al pago de S/. 501.00 a S/. 1000.00 nuevos soles por reparación civil a favor de la parte afectada por el delito.
- En 7 casos (% 5.69) se ha condenado al pago de S/. 1000.00 nuevos soles a más por reparación civil a favor de la parte afectada por el delito.

"Criterios de determinación del daño psíquico y del daño moral a efectos de precisar el monto de reparación civil en víctimas de delitos violentos, en la ciudad de Cajamarca – años 2009 a 2011."

Considerando que sólo en siete casos, que representan el 5.78 % del total de casos analizados, se ha condenado al pago de S/. 1000.00, por concepto de reparación civil en procesos por delitos violentos a favor del agraviado, en general son exiguos, debido a la falta de una adecuada fundamentación jurídica en las sentencias, específicamente en el extremo del daño psicológico y daño moral, constituyendo montos, en su mayoría, simbólicos.

"Criterios de determinación del daño psíquico y del daño moral a efectos de precisar el monto de reparación civil en víctimas de delitos violentos, en la ciudad de Cajamarca – años 2009 a 2011."

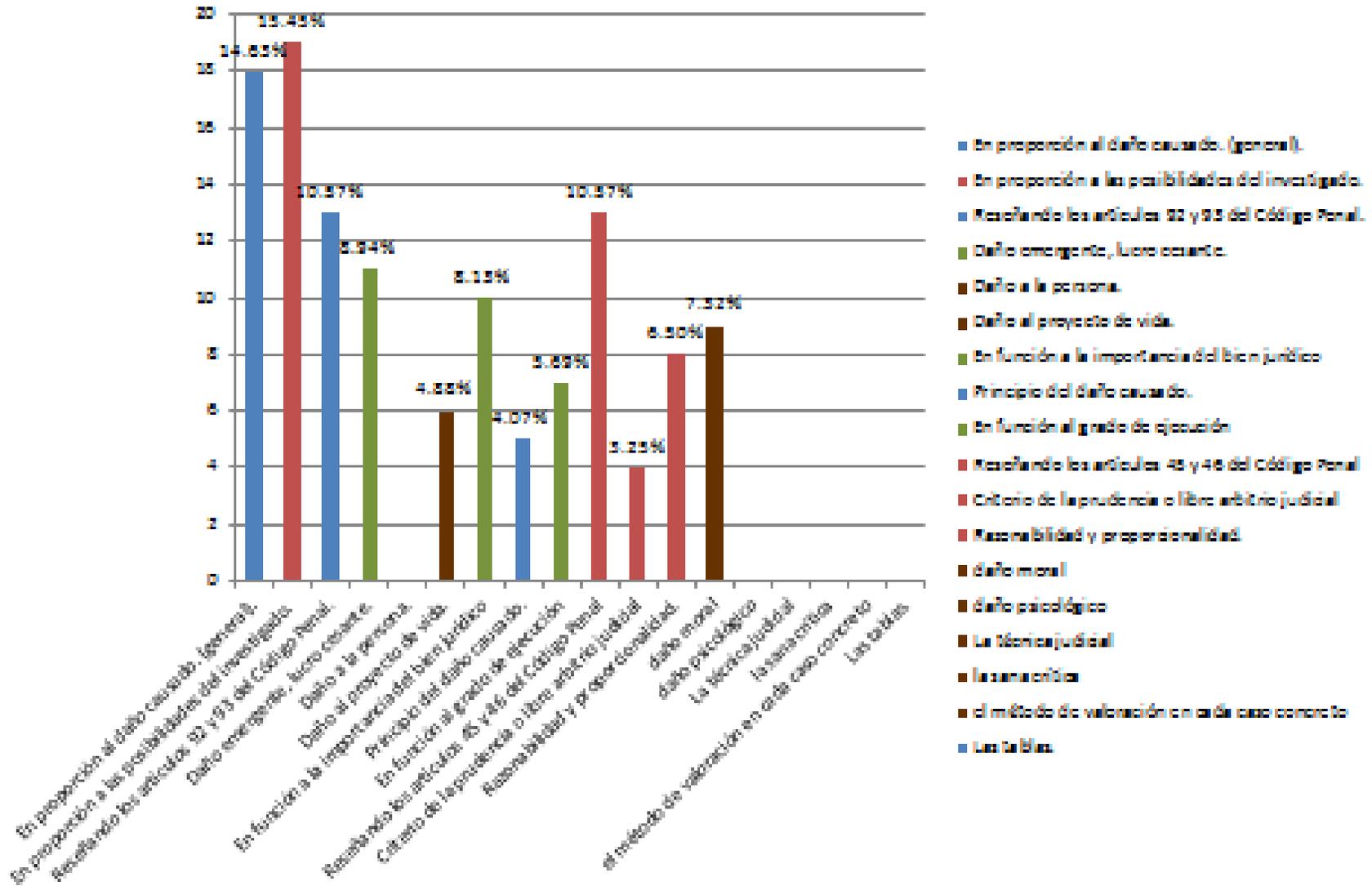
FUNDAMENTACION JURIDICA DE LOS PAGOS POR REPARACION CIVIL.

CUADRO N° 03

FUNDAMENTO	CLASES DE DELITOS										PARCIAL	PORCENTAJE
	HOMICIDIO SIMPLE	HOMICIDIO CALIFICADO	HOMICIDIO CULPOSO	HOMICIDIO AGRAVADO	VIOLACION SEXUAL	VIOLACION SEXUAL DE MENOR	LESIONES LEVES	LESIONES GRAVES	LESIONES LEVES X VIOLENCIA FAMILIAR	LESIONES GRAVES X VIOLENCIA FAMILIAR		
En proporción al daño causado. (general).	3	2		3		1	2	6	1		18	14.63
En proporción a las posibilidades del investigado.	4		3	2			2	5		3	19	15.45
Reseñando los artículos 92 y 93 del Código Penal.		2	2	2		2	1	2	2		13	10.57
Daño emergente, lucro cesante.			2	1				8			11	8.94
Daño a la persona.											0	0.00
Daño al proyecto de vida.	1	1			2	2					6	4.88
En función a la importancia del bien jurídico	3	2	1	2				1		1	10	8.13
Principio del daño causado.				2			1	2			5	4.07
En función al grado de ejecución				3		1		1		2	7	5.69
Reseñando los artículos 45 y 46 del Código Penal	1	2	1	2	1		1	2		3	13	10.57
Criterio de la prudencia o libre arbitrio judicial				2			1			1	4	3.25
Razonabilidad y proporcionalidad.			3	3						2	8	6.50
daño moral	3	2			2	2					9	7.32
daño psicológico											0	0.00
La técnica judicial											0	0.00
la sana crítica											0	0.00
el método de valoración en cada caso concreto											0	0.00
Las tablas.											0	0.00
TOTAL											123	

"Criterios de determinación del daño psíquico y del daño moral a efectos de precisar el monto de reparación civil en víctimas de delitos violentos, en la ciudad de Cajamarca – años 2009 a 2011."

CLASES DE DETITOS



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.

- De la información obtenida en 123 procesos penales, se puede observar que en general, las diversas sentencias han fundamentado el pago de reparación civil en algún principio, artículo o categoría jurídica; no obstante, en la generalidad de los casos esta fundamentación es sólo aparente, en razón de que el monto por reparación civil no está basado en criterios de determinación del daño.
- En el cuadro N° 03, se puede apreciar que los fundamentos jurídicos con el primer resaltado color azul, son aquellos que, si bien no cumplen con un estándar adecuado para justificar una correcta fundamentación, se puede decir que en una mínima medida presentan una fundamentación aparente; esto es, que si se ha fundamentado una sentencia "en proporción al daño causado", se está reconociendo que el quantum de la reparación civil se establece en la medida del daño infligido; sin embargo, esta aseveración adolece de la omisión consistente en no precisar los tipos de daño que fueron afectados.
- En el mismo cuadro, el segundo resaltado con azul señala que se ha fundamentado el monto de la reparación civil reseñando los artículos 92 y 93 del Código Penal, empero, esta fundamentación, consistente en reseñar artículos, poco tiene que ver con una correcta fundamentación jurídica, máxime si de la lectura de estos artículos se observa, de manera muy somera el contenido de la reparación civil y la alusión que esta se determina conjuntamente con la pena. Contrariamente, es correcto señalar una fundamentación jurídica basada en el Principio del daño causado (tercer resaltado con plomo). Del análisis del porcentaje de sentencias que fundamentan en alguna medida el monto por

concepto de la reparación civil, se observa que sólo un 29.27% de éstas, cumplen con estándares mínimos de fundamentación, es decir, menos de un tercio del total de sentencias, se encuentran fundamentadas, pero hacemos la aclaración que no reflejan criterios de determinación del daño, ni del quantum de la reparación civil

- Luego, en el mismo contexto, los fundamentos resaltados con color rojo, establecen una fundamentación errónea, en primer lugar, es incorrecto señalar el monto de la reparación civil en proporción a las posibilidades del investigado, esta forma de determinación es contraria a los intereses de la víctima, y se cita en desmedro del principio del daño causado; luego, reseñando los artículos 45 y 46 del Código Penal, los cuales prescriben sobre la determinación judicial de la pena, estos artículos en ningún momento establecen criterios de determinación del daño, ni criterios de determinación de la reparación civil; en el mismo sentido, el criterio de prudencia no puede utilizarse si se ha probado la existencia de un daño; por último, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, son utilizados, en buena medida, para subsanar la imprecisión del monto de la reparación civil, pero en sí se presentan como ambiguos y oscuros. El cuadro refleja un 35.77% de sentencias que están erróneamente fundamentadas, lo cual incide directamente en la determinación del monto de la reparación civil, notándose en estos casos, total ausencia de criterios de determinación del daño psíquico y moral.
- Los fundamentos resaltados con color marrón, reflejan, más allá del daño emergente y lucro cesante, el conocimiento por parte de los operadores jurídicos de los distintos tipos de daños, los posibles criterios de determinación y su incidencia en el pago de la

reparación civil. El 12.2% refleja un escaso manejo de estos conceptos, lo cual se agrava si observamos que el daño a la persona y el daño psicológico no han sido tomados en cuenta.

- Por último, los fundamentos con resaltado color verde, aluden a aquellos criterios de determinación que son adecuados, los mismos que señalan con elevada precisión un quantum objetivo de pago de reparación civil, en víctimas de delitos violentos; estos son, el daño emergente, el lucro cesante, (conceptos distintos e independientes del daño moral y daño psicológico), el criterio en función a la importancia del bien jurídico protegido y en función al grado del delito (grado de tentativa o consumación). El 22% del total de sentencias refleja la poca incidencia de casos en los que se ha fundamentado utilizando estos conceptos, en el extremo de la reparación civil, esto significa que menos de la cuarta parte de las sentencias han tenido un asidero jurídico para poder decir que ha sido motivada.

DATOS OBTENIDOS EN LA ENCUESTA, DIRIGIDA A OPERADORES DEL PROCESO PENAL.

Previamente se formuló el cuestionario de preguntas que estuvo dirigido a las unidades de muestra, con la finalidad de obtener el criterio de sus integrantes respecto al tema de investigación.

Muestra.

Fiscales. 15.

Jueces. 10.

¿El daño psíquico es una especie de daño moral?

CUADRO N° 04.

Entrevistado/ Respuesta	MAGISTRADOS	NO	%	SI	%
JUECES	10	7	70.00	3	30.00
FISCALES	15	8	53.33	7	46.67

De la información procesada podemos establecer que las diversas unidades de análisis de la muestra: Jueces, (70.00%) Fiscales, (53.33 %), coinciden en afirmar que el daño psíquico no es una especie del daño moral, sino un concepto autónomo.

Los Jueces al emitir sentencia en los procesos penales, fundamentan el extremo de la sentencia relativo a la reparación civil señalado a favor de los agraviados?.

CUADRO N° 05.

Entrevistado/ Respuesta	MAGISTRADOS	NO	%	SI	%
JUECES	10	9	90.00	1	10.00
FISCALES	15	7	46.67	8	53.33

De la información procesada podemos establecer que las diversas unidades de análisis de la muestra: Jueces, (90.00%) Fiscales, (46.67%), no coinciden en afirmar que los Jueces fundamentan el extremo de la sentencia relativo a la reparación civil a favor de los agraviados. Los Jueces defienden su posición al afirmar que fundamentan el pago de la reparación civil; mientras los fiscales, en su mayoría niegan que las sentencias estén bien fundamentadas.

Los Fiscales al formular acusación o proyectar terminación anticipada fundamentan adecuadamente el extremo de la reparación civil a favor de los agraviados, diferenciado entre daño moral y daño psicológico?.

CUADRO N° 06.

Entrevistado/ Respuesta	MAGISTRADOS	NO	%	SI	%
JUECES	10	3	30.00	7	70.00
FISCALES	15	12	80.00	3	20.00

De la información procesada podemos establecer que las diversas unidades de análisis de la muestra: Jueces, (30.00%) Fiscales, (80.00%), no coinciden en afirmar que los fiscales fundamentan el extremo de la sentencia relativo a la reparación civil a favor de los agraviados. Los Jueces defienden su posición al afirmar que los fiscales en su mayoría no fundamentan el pago de la reparación civil; mientras los fiscales, en su mayoría niegan que los requerimientos no estén bien fundamentados.

El Código Penal y su remisión al Código Civil a efectos de la determinación de la reparación civil regulan adecuadamente el resarcimiento del daño proveniente del delito, en el proceso penal?.

CUADRO N° 07.

Entrevistado/ Respuesta	MAGISTRADOS	NO	%	SI	%
JUECES	10	7	70.00	3	30.00
FISCALES	15	8	53.33	7	46.67

De la información procesada podemos establecer que las diversas unidades de análisis de la muestra: Jueces, (% 70.00) Fiscales (53.33%), coinciden en afirmar que el Código Penal y su remisión al Código Civil a efectos de la determinación de la reparación civil no regulan adecuadamente el resarcimiento del daño proveniente del delito.

Ud., cree que es necesario un baremo a fin de delimitar la cuantía de la reparación civil en el extremo del daño moral o daño psíquico en víctimas de delitos violentos, o acaso a su parecer es mejor el criterio de libre arbitrio del Juez para determinar su monto?.

"Criterios de determinación del daño psíquico y del daño moral a efectos de precisar el monto de reparación civil en víctimas de delitos violentos, en la ciudad de Cajamarca – años 2009 a 2011."

CUADRO N° 08.

Entrevistado/ Respuesta	MAGISTRADOS	NO	%	SI	%
JUECES	10	4	40.00	6	60.00
FISCALES	15	3	20.00	12	80.00

De la información procesada podemos establecer que, las diversas unidades de análisis de la muestra: Jueces, (60.00%) Fiscales, (80.00 %), coinciden en afirmar que es necesario un baremo a fin de delimitar la cuantía de la reparación civil en el extremo de daño moral o daño psíquico en víctimas de delitos violentos.

CONCLUSIONES.

1. Los criterios de determinación del daño psíquico y moral adecuados para fundamentar el quantum del pago de la reparación civil en víctimas de delitos violentos son el principio del daño causado, el criterio en función a la importancia del bien jurídico protegido, en función al grado de ejecución del ilícito, la técnica judicial, la sana crítica y el método de valoración en cada caso concreto. Los criterios de determinación del daño psíquico y moral inadecuados a efectos de fundamentar el quantum del pago de la reparación civil son los siguientes: En proporción a las posibilidades del investigado; reseñando artículos 45 y 46 del Código Penal; el criterio de la prudencia o el libre arbitrio judicial; el criterio de razonabilidad o proporcionalidad.
2. Nuestra normatividad penal establece agravantes para los casos de delitos violentos con consecuencias de lesiones psíquicas en las víctimas; sin embargo, si bien podemos afirmar que está contemplado el daño psicológico como un criterio de determinación de la pena, no sucede lo mismo con este tipo de daño para efectos del pago de la reparación civil, ya sea en las víctimas o los agraviados.
3. Las deficiencias en la fundamentación jurídica del quantum del pago de la reparación civil se traducen en exiguos o exagerados montos por concepto de reparación civil en casos de víctimas de delitos violentos. La no utilización de criterios de valoración del daño psíquico y daño moral afecta el principio de motivación de las resoluciones judiciales.
4. Reconocemos escasa utilización por parte de los operadores jurídicos a efectos de fundamentar el quantum de la reparación civil, de los conceptos daño moral y daño psíquico, entendido el daño moral como una afectación espiritual, que sólo puede manifestarse en casos de pérdida o daño conmensurable a la salud de la víctima, siendo los afectados tanto éstas como sus familiares y quienes demuestren tener

una relación sentimental especial, notoria y considerable en el tiempo; por otra parte, el daño psíquico, también debe ser objeto de consideración, como un daño a la salud mental de quien lo sufre, daño que será crónico, y perceptible de ser evaluado y diagnosticado por un especialista en la materia, del mismo que se desprenderá un tratamiento terapéutico que deberá ser sufragado por quien lo haya causado, e impuesto como parte de la reparación civil.

5. Entre los Magistrados el concepto daño moral prevalece sobre el concepto de daño a la persona, el cual no es utilizado; sin embargo si bien este concepto es utilizado para la fundamentación del cálculo de la reparación civil, no se ha observado criterios suficientes o concretos para su valuación, lo cual genera inseguridad jurídica en los usuarios del servicio de justicia.

6. En los casos de los Fiscales, éstos al momento de sustentar el pedido de pago de reparación civil, en casos de víctimas de delitos violentos, sustentan su pretensión en base a los conceptos de daño físico, el cual conlleva el lucro cesante y daño emergente; así como también, en algunos casos, daño moral, pero no inciden en el concepto daño psicológico;

7. Se ha verificado que para la determinación del quantum de la reparación civil los Magistrados sustentan el monto peticionado en base a las condiciones económicas del procesado, las que, en su mayoría no son las mejores, circunstancia que incide directamente en el monto a pagar y atenta contra el Principio de daño causado.

8. En los procesos penales, sólo en los casos de delitos violentos relacionados con el bien jurídico protegido integridad o indemnidad sexual, se solicita una pericia psicológica a efectos de evaluar los daños psicológicos generados a partir la realización del evento criminoso. En los demás casos, no se ha utilizado la pericia psicológica para determinar la existencia de un daño de esta naturaleza.

9. La existencia de una fundamentación aparente de la determinación de la reparación civil en casos de víctimas de delitos violentos, incide en la afectación del Principio de motivación de las resoluciones judiciales, y propicia una reparación civil "simbólica".

10. Los Magistrados en su mayoría se encuentran guiados por el criterio basado en el prudente arbitrio judicial y el principio de equidad, el cual es ambiguo y no constituye un criterio uniforme y suficiente, a efectos de marcar un precedente o guía para la generalidad de casos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre. Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal. Editorial Rodhas. 1era edición Abril 2007. Pp. 385.
- Bustos Ramírez, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial." Ariel. S.A. Barcelona, 1991.
- Carrión Lugo, Jorge, Acción, jurisdicción y competencia en materia civil. En: Comentarios al Código Procesal Civil, Volumen II. Trujillo-1995. Fondo de Cultura Jurídica. Primera Edición.
- Castillo Alva, José Luis. Las consecuencias jurídico- económicas del delito. Idemsa, Lima. 2001.
- Cubas Villanueva, Víctor. El Proceso Penal: Teoría y práctica Palestra, Lima, 1997.
- Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de la responsabilidad civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- Fernández Sessarego, Carlos, "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona". En I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994 y en "Gaceta Jurídica", Tomo 79-B. Lima, junio del 2000: El artículo ha sido publicado en el libro "La persona humana", dirigido por Guillermo A. Borda, Editora "La Ley", Buenos Aires, 2001 y en "Ius Et Veritas, Edición Especial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre de 2002.ñ
- Galain Palermo, Pablo, "¿La reparación del daño como tercera vía punitiva?. Especial consideración a la posición de Claus Roxin. En revista REDUR. Nº 03. Año 2005.
- García Caverro, Percy "La naturaleza y alcance de la reparación civil: a propósito del precedente vinculante establecido en la ejecutoria suprema R.N, Nº 948-2005-Junín", en Castillo Alva, José Luis (coord...), Comentarios a los precedentes vinculantes en materia

penal de la Corte Suprema, Grijley, Lima, 2008.

- García Rada, Domingo, "La responsabilidad civil y el proceso penal", en Libro Homenaje a José León Barandiarán, Cultural Cuzco, Lima. 1985.
- Espinoza Espinoza, Juan. "Sobre la necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la reparación del daño subjetivo". En revista jurídica del Perú. Año XLIV. Nº 61. Abril de 1992 – diciembre 1994.
- Estudio Crítico de los Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema. Gaceta Penal & Procesal Penal. Primera Edición. Octubre de 2009. Editorial El búho. S.A. pp. 149.
- Gherzi, Carlos A. "Cuantificación económica del daño". Ed. Astrea Buenos Aires. 2002.
- Gherzi, Carlos A. "Daño moral y psicológico". Ed. Astgrea, Buenos Aires 2002.
- Oré Guardia, Arsenio. "La Coerción real y las consecuencias civiles ex - delicto". En II Congreso Internacional de Derecho Penal. Consecuencias Jurídicas del delito, ARA. Lima, 1997.
- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal, Editorial Rodhas. 1era edición abril 2007. Pp. 384.
- Prado Saldarriaga, Víctor. "El sistema de penas", en Derecho Penal, Parte General (materiales de enseñanza). Grijley, Lima, 1995.
- Prado Saldarriaga, Víctor. Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- Rodríguez Delgado, Julio, La reparación como sanción jurídico - penal, San Marcos, Lima- 1999.
- Rosas Yataco, Jorge, Manual de Derecho Procesal Penal, Jurista, Lima, 2009.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel. La Terminación Anticipada en el Código Procesal Penal. Instituto Peruano de Política Criminal. Estudio Reyna

Alfaro. Abogados. Jurista Editores. Septiembre 2009. Primera Edición.

- Salas Beteta, Cristian, Gaceta Penal y Procesal penal, El Proceso Penal Común. Innovaciones, problemática y retos del Código Procesal Penal de 2004. Gaceta Jurídica S.A. Impreso en Imprenta Editorial "El Búho E.I.R.L. pp. 19.
- San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal, Grijley, Lima V I Y II 1999.
- Sánchez Velarde, Pablo, Manual de Derecho Procesal Penal, Idemsa, Lima, 2004.
- Sueiro Carlos Christian. "La Política Criminal de la Posmodernidad. Artículo escrito en Gaceta Penal. Tomo 9. Marzo 2010.
- Trazegnies, Fernando de, La responsabilidad extracontractual. Ts. I y II, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1990.