



UNIVERSIDAD ANDINA DE CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**INSUFICIENCIA EN LA DEBIDA MOTIVACIÓN JUDICIAL DE LA
REPARACIÓN CIVIL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE
MENORES DE EDAD TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO
PENAL PERUANO**

**TESIS PARA OPTAR AL TITULO
PROFESIONAL DE: ABOGADO**

PRESENTADO POR:

**BACHILLER EN DERECHO: EDITH
CHUCO GUTIÉRREZ**

**BACHILLER EN DERECHO: JAQUELINE
ANGELA CARPIO MENDOZA**

ASESOR:

JULIO TRINIDAD RÍOS MAYORGA

CUSCO – PERÚ

2020



AGRADECIMIENTOS

A Dios por permitirnos llegar hasta este momento para concretar una de nuestras metas y sea el inicio de nuestra carrera profesional. Así mismo, agradecer a nuestra prestigiosa casa de estudios a la Universidad Andina de Cusco, quien por habernos acogido en sus aulas para forjar y guiarnos en el aprendizaje del Derecho. Finalmente, al Dr. Julio Ríos Mayorga, asesor de esta investigación, por su orientación, seguimiento y la supervisión continua de la misma, pero sobre todo por la motivación y el apoyo recibido a lo largo de estos meses; a todas las personas que contribuyeron en el desarrollo en la presente investigación que han colaborado en la realización del presente trabajo.

Edith y Jaqueline



DEDICATORIA

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional. A mis padres Arcadio y Gladys quienes con su amor, paciencia y esfuerzo me ha permitido llegar a cumplir un sueño más, gracias por inculcar en mí ejemplo de esfuerzo y valentía de no temer las adversidades porque Dios está conmigo. A mis hermanos Juan Carlos y Guadalupe por su cariño y apoyo incondicional, durante todo este proceso y estar en todo momento conmigo, Gracias. Finalmente, dedico esta tesis a mi amiga Zulema por apoyarme cuando más lo necesité, por extender su mano en momentos difíciles y por el amor brindado cada día.

Edith.



DEDICATORIA

Agradezco en primer lugar, ante todo a Dios, por bendecir cada meta que me propongo e iluminar mis pasos; así, como colocar en mi camino a personas que me cuidan y que me ayudaron en los momentos más difíciles. Por darme fortaleza para continuar cada día, a mis padres Jorge y Rina, por su apoyo incondicional, motivación constante, afecto y cariño que es el principio de mi fortaleza. A mi querida hija Gabriela, por ser la motivación más grande para concluir con éxito cada meta; esta es una de ellas finalmente a mi abuela Genoveba que desde el cielo siempre está guiando mis pasos.

Jaqueline



PRESENTACIÓN

El trabajo está estructurado en cinco capítulos, el primero, dedicado a la introducción donde se desarrolla todo lo referente al planteamiento y formulación del problema de investigación, objetivos, justificación, delimitación del estudio y aspectos éticos del trabajo; formulándonos como objetivo principal o general del trabajo de tesis en Estudiar los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad, tipificado en el artículo 173 del código penal peruano. El segundo capítulo, trata todo lo referido al marco teórico donde se desarrolla el cuerpo de la tesis, esto es, los antecedentes de estudios relacionados a nuestra investigación, la fundamentación teórica donde describe dogmáticamente los institutos jurídicos de la debida motivación, la reparación civil y el delito de violación sexual de menores de edad tipificado en el artículo 173 del código penal, además de abordar la definición de términos, hipótesis y variables de estudio. El tercer capítulo, trata del diseño metodológico de la tesis, consistente en el diseño (tipo, nivel y enfoque de investigación), población y muestra y el diseño muestral. El capítulo cuarto abarca los resultados de la investigación, su discusión, conclusiones y recomendaciones del trabajo investigativo. Finalmente, el capítulo quinto consiste sobre las fuentes de información consultados para el desarrollo y fundamentación teórica de la investigación.



RESUMEN

La investigación tiene por objetivo principal estudiar los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad, tipificado en el artículo 173 del código penal peruano; y para ello, se tuvo que recurrir a las bases teóricas de fuentes confiables y válidas para desarrollar los temas de la debida motivación judicial de las resoluciones judiciales, la reparación civil, el delito de violación sexual en víctimas menores de edad. Asimismo, se tuvo que estudiar seis expedientes de la Corte Suprema por el delito de violación sexual de menores de edad, casos procedentes de la Corte Superior de Justicia del Cusco, en la que, el monto máximo fijado por parte de la Corte Suprema, por concepto de reparación civil a favor de la víctima menores de edad por el delito de violación sexual, regulado en el artículo 173 del código penal peruano, es de S/ 5,000.00 Soles y el monto mínimo es de S/ 2,000.00 Soles; y, en promedio se fija la de S/ 3,583.33 Soles por concepto de reparación civil a favor de la víctima. Finalmente, la investigación se complementó con una encuesta a 56 expertos en Derecho Penal entre abogados, fiscales y jueces del Distrito Judicial del Cusco en el año 2020, habiendo obtenido respuestas positivas para lograr con los objetivos planteados en nuestra investigación.

PALABRAS CLAVE: Motivación judicial, reparación civil, delito de violación sexual de menores de edad.



ABSTRACT

The main objective of the investigation is to study the factors of insufficient judicial motivation of civil reparation in the crime of sexual rape of minors, established in article 173 of the Peruvian penal code; and for this, it was necessary to resort to the theoretical bases of reliable and valid sources to develop the topics of the due judicial motivation of judicial resolutions, civil reparation, the crime of sexual rape in underage victims. Likewise, six files of the Supreme Court had to be studied for the crime of rape of minors, cases from the Superior Court of Justice of Cusco, in which the maximum amount set by the Supreme Court, for concept of civil reparation in favor of the underage victim for the crime of sexual rape, regulated in article 173 of the Peruvian penal code, is S / 5,000.00 Soles and the minimum amount is S / 2,000.00 Soles; and, on average, the amount of S / 3,583.33 Soles is fixed for civil reparation in favor of the victim. Finally, the investigation was complemented by a survey of 56 experts in Criminal Law among lawyers, prosecutors and judges of the Judicial District of Cusco in 2020, having obtained positive responses to achieve the objectives set out in our investigation.

KEYWORDS: Judicial motivation, civil reparation, crime of sexual rape of minors.



ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	II
DEDICATORIA	III
DEDICATORIA	IV
PRESENTACIÓN.....	V
RESUMEN	VI
ABSTRACT.....	VII
CAPÍTULO I	1
INTRODUCCIÓN	1
1.1 Planteamiento del problema	1
1.2 Formulación del problema.....	2
1.2.2 Problemas específicos.....	2
1.3 Objetivos	3
1.3.1 Objetivo general	3
1.3.2 Objetivos específicos	3
1.4 Justificación.....	4
1.5 Delimitación del estudio.....	5
1.6 Limitaciones	5
1.7 Aspectos éticos	5
CAPÍTULO II	6
MARCO TEÓRICO	6



2.1 Antecedentes.....	6
2.1.1 Antecedente internacional.....	6
2.1.2. Antecedente nacional.....	7
2.2 Bases teóricas	12
2.2.1 Debida motivación de las resoluciones judiciales	12
2.2.2. La reparación civil	25
2.2.3. El delito de violación sexual de menor de edad	38
2.2.4. Motivación de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores	54
2.2.5. Factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil.....	59
2.3. Definiciones de términos	59
2.4 Formulación de hipótesis.....	60
2.4.1 Hipótesis general	60
2.4.2 Hipótesis específicas.....	60
2.4.3 Variables e indicadores (Definición operacional)	60
CAPÍTULO III.....	62
DISEÑO METODOLÓGICO.....	62
3.1 Diseño	62
3.1.1 Tipo de investigación.....	62
3.1.2 Nivel de investigación	62
3.1.3 Enfoque de investigación.....	63



3.2 Población y muestra	63
3.3 Diseño muestral	64
CAPÍTULO IV	65
RESULTADOS	65
4.1 Resultados.....	65
4.1.1. Casos examinados	65
4.1.2. Encuesta aplicada a jueces, fiscales y abogados en la especialidad del derecho penal	69
4.2 Discusión de resultados.....	83
CONCLUSIONES	90
RECOMENDACIONES	92
BIBLIOGRAFÍA.....	93



CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1 Planteamiento del problema

El proceso penal tiene por finalidad imponer la sanción penal en contra del responsable del delito y de manera accesoria o conjunta se determina la reparación civil a favor del actor civil o agraviado, según sea el caso; en palabras de Fernández Fustes citado por Mendoza Delgado (2020, p. 48-49) cuando un acto u omisión tipificados como delitos han producido un daño, surge, junto a la responsabilidad penal, la responsabilidad civil. Así, la acción civil que es objeto de tratamiento en el proceso penal puede ser definida como el medio para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la reparación del daño causado por el delito. Por ello, Asencio Mellado citado por el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 fundamento 6 nos dice “(...) nuestro proceso penal cumple con una de sus funciones primordiales: la protección de la víctima y aseguramiento de la reparación de los derechos afectados por la comisión del delito.” Ahora bien, el derecho que tiene el agraviado de hacer valer la reparación del daño ya sea bien dentro del proceso penal o ejercitarla en la vía extrapenal es porque nuestro país acogió el sistema de reparación francés. Y, ¿Qué comprende la reparación civil? No es sino la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y, la indemnización de los daños y perjuicios (artículo 93 del código penal).

Siendo específicos, la presente investigación que nos motiva, se enfoca a estudiar los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil de las sentencias condenatorias en el delito de violación sexual de menores de edad. Entendemos que en estos tipos de delitos existe una desprotección al titular del bien jurídico lesionado al fijar reparaciones ínfimas y no proporcionales con la pena impuesta, no merituando de manera adecuada ni objetiva la repercusión que la lesión ha originado en la víctima al momento de evaluar el daño causado, obligando a recurrir al agraviado a



otra vía judicial para hacer valer su derecho de que se le resarza de alguna forma el daño que ha originado la comisión del delito de violación sexual del menor.

Quizás sea por el carácter accesorio de la reparación civil frente a la sanción penal en que más énfasis ponen los administradores de justicia (juez, fiscal, abogado y policía) y nos descuidamos de la reparación civil que también es importante porque de alguna manera amengua y/o pretende reparar el daño causado a la víctima de violación sexual; o quizás sea, un asunto de vacíos legales (debilidad legal) en la que la víctima no tendría las herramientas legales para lograr un reparación civil proporcional y justa frente al daño sufrido; o quizás la falta de capacitación de los jueces penales en materia civil, quienes se enfocarían en dictar una sanción penal ejemplar para el responsable del delito de violación sexual dejando de lado una justa y debida reparación; finalmente, quizás la débil participación de la parte agraviada o actor civil o del abogado patrocinante para recabar y aportar los medios probatorios conducentes a acreditar y lograr la fijación de una reparación civil justa, si bien no íntegra, pero al menos que permita el tratamiento psicológico, médico y emocional de la víctima. Estos factores serían las causas de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil de las sentencias condenatorias en el delito de violación sexual de menores de edad.

1.2 Formulación del problema

Problema general

¿Cuáles son los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad, tipificado en el artículo 173 del código penal peruano?

1.2.2 Problemas específicos

1° ¿La debilidad legal respecto a las facultades del agraviado y/o actor civil, es un factor de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad, tipificado en el artículo 173 del código penal peruano?



2° ¿La falta de capacitación a los jueces penales en materia civil, constituye un factor relevante en la fijación del monto de la reparación civil y de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad, tipificado en el artículo 173 del código penal peruano?

3° ¿La falta de una activa participación probatoria del agraviado influye en la determinación del monto de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad, tipificado en el artículo 173 del código penal peruano?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Estudiar los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad, tipificado en el artículo 173 del código penal peruano.

1.3.2 Objetivos específicos

1° Analizar si la debilidad legal respecto a las facultades del agraviado y/o actor civil, es un factor de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil de las sentencias condenatorias en el delito de violación sexual de menores de edad, tipificado en el artículo 173 del código penal peruano.

2° Determinar si la falta de capacitación a los jueces penales en materia civil, constituye un factor en la fijación del monto de la reparación civil y de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad, tipificado en el artículo 173 del código penal peruano.

3° Determinar si la falta de una activa participación probatoria del agraviado influye en la determinación del monto de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad, tipificado en el artículo 173 del código penal peruano.



1.4 Justificación

El presente estudio se justifica por las siguientes razones:

a) **Conveniencia**

Que es de suma importancia porque el problema abordado es de palpitante actualidad y trascendencia social como jurídica, consideramos que es importante en el ámbito legislativo, pues la desprotección de la víctima genera violaciones al principio de la igualdad de las partes; sucesos por los cuales la Corte Interamericana ha dictado innumerables sanciones para el Perú.

b) **Relevancia social**

El presente estudio tiene relevancia de carácter social puesto que permitirá que los legisladores direccionen su rol tuitivo hacia la víctima directa y particular, emitiendo normas legales a favor de la víctima respecto a la reparación civil en los casos de violación sexual de menores, asimismo, los administradores de justicia (juez, fiscal, abogado y policía), deban considerar dentro del proceso de investigación del delito de violación sexual la importancia de lograr una reparación civil justa al igual que la sanción penal ejemplar a favor de la víctima.

c) **Implicaciones prácticas**

Los resultados de la presente investigación sirven de base para que dentro del proceso penal los administradores de justicia consideren la importancia de lograr una reparación civil justa a favor de las víctimas por el delito de violación sexual y que no solamente se enfoquen en lograr obtener una sentencia condenatoria justa.

d) **Valor teórico**

La investigación aborda instituciones de orden jurídico penal como el delito de violación sexual en menores de edad, procesal penal como las sentencias condenatorias por el delito de violación sexual, civil como la reparación civil y de orden constitucional como el principio y derecho a la debida motivación escrita de las resoluciones judiciales en todos los niveles e pretende aportar criterios doctrinarios y teóricos sobre el alcance de la situación jurídica de la víctima. Por lo que, se cuenta con un extenso marco teórico que no solo sirve para las consultas, sino que además,



sirva de base para el surgimiento de otros conocimientos relacionados al tema de investigación.

e) **Utilidad metodológica**

La investigación puede ayudar a crear un nuevo instrumento para recolectar y analizar datos ayuda a la definición de un concepto, variable o relación entre variables, sugiere como estudiar más adecuadamente una población.

1.5 Delimitación del estudio

Por el enfoque de la investigación de naturaleza cualitativa y según su alcance explicativo no es necesario su delimitación temporal ni ubicación del desarrollo de la investigación, sin embargo, si es posible su delimitación de análisis y/o unidad de estudio que son sentencias condenatorias por el delito de violación sexual en menores de edad tipificado en el artículo 173 del código penal y la reparación civil fijada en dichas sentencias.

1.6 Limitaciones

Básicamente se tuvo dos limitaciones importantes para el desarrollo de la presente investigación que fueron la imposibilidad de realizar entrevistas y encuestas de manera directa a expertos en materia penal, ello, debido a la situación actual que vive el país por la pandemia del Covid-19, sin embargo, por el enfoque y alcance de nuestra investigación se ha podido lograr recabar toda la información necesaria y suficiente para dar respuesta a nuestras preguntas de investigación.

1.7 Aspectos éticos

Como ordenan las normas de redacción de investigación, así como autores connotados en materia de investigación, y básicamente el Reglamento de Grados y Títulos de nuestra casa de estudios superiores, en todo el desarrollo de nuestra investigación hemos sido respetuosos de las citas correspondientes de cada fuente consultada.



CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

2.1.1 Antecedente internacional

Antecedente N° 01

El primer antecedente de nivel internacional se tiene la investigación de Torrado Álvarez, Andrés Felipe (2002), tesis titulada: “*Principales problemas de la acción civil dentro del proceso penal*”; presentado ante la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, cuyas conclusiones son:

- ✓ La acción civil como tal desaparece para darle cabida a un a un sistema integral de protección a las víctimas que incluiría el tema del resarcimiento económico por parte del causante o el responsable de quien realiza la conducta punible, pero superando en lo que hoy conocemos, por el tratamiento mismo que se les ofrece a las víctimas, la influencia del proceso mismo en estas, y la asistencia que el estado les debe ofrecer.
- ✓ También queda el tema de la reparación de los derechos de la víctima, no solo patrimonial si no los demás referidos al daño moral, que ocupan para la práctica penal un segundo plano, cuando deberían ser tan importantes como la persecución del delincuente y la discusión de su responsabilidad punible.



- ✓ La diferencia de esta investigación con la que se pretende realizar se encuentra primordialmente en la solución del conflicto en la víctima, esta se encuentra en abandono por el sistema penal.

Antecedente N° 02

Como segundo antecedente de nivel internacional es la investigación de Chang Hernández, Guillermo (s.f), en su trabajo titulada “*La reparación civil en el proceso penal*”. Cuyas conclusiones son:

- ✓ La reparación civil es la responsabilidad civil atribuida al actor del delito y por ende su autor debe responder por las consecuencias económicas de su conducta.
- ✓ El Juez tiene la obligación legal de determinar en la sentencia como concepto de reparación civil un monto adecuado y proporcional al daño generado por el delito.
- ✓ Tanto el Juez como el Fiscal a la hora de determinar y establecer, en su caso, el monto de la reparación civil debe tener en cuenta el daño emergente, lucro cesante y daño a la persona (daño moral y daño al proyecto de vida) generados por el delito.

2.1.2. Antecedente nacional

Antecedente 01

Como primer antecedente nacional se tiene la investigación presentada por Díaz Villacorta, Anllela (2016); en su investigación intitulada: “*Factores que impiden la motivación en el extremo de la reparación civil de las resoluciones emitidas por los jueces penales unipersonales de Tarapoto julio 2013 – Diciembre 2014*”, presentado ante la Universidad Nacional de Trujillo para obtener el grado académico de maestra en Derecho constitucional y procesal constitucional, cuyas conclusiones son como se detallan:

- ✓ La Falta de Motivación en las Resoluciones Judiciales en el extremo de la reparación civil se debe a la, La falta de capacitación de los jueces penales unipersonales de Tarapoto, así como la falta de fundamentación de la pretensión civil por el Ministerio Público son los factores que impiden la motivación de las resoluciones judiciales en el extremo de la reparación civil, incumpliendo con lo establecido en el art. 139 inc.5 de la Constitución Política del Perú.



- ✓ La totalidad de las resoluciones judiciales, es decir, 278, no son motivadas en el extremo de la reparación civil por los jueces penales unipersonales de Tarapoto valorando las normas del Código Civil sobre reparación civil, dicha circunstancia vulnera el derecho constitucionalmente reconocido de todos los justiciables a la tutela jurisdiccional efectiva y permite una arbitrariedad, porque la decisión solo depende de la voluntad del Juez. En ese sentido, el deber de motivación no implica que ésta deba de satisfacer al justiciable; pues la decisión puede ser favorable o no para este último, sino comporta que la decisión debe justificarse mediante el razonamiento y valoración de los hechos, las pruebas y la norma jurídica aplicable al caso concreto. Es así, que, de producirse una adecuada motivación con una argumentación suficiente y coherente, tendremos resoluciones justas y de calidad, que pueden pasar con éxito cualquier examen y crítica realizada por los ciudadanos en ejercicio de sus derechos constitucionales.
- ✓ Pese a que claramente el Código Penal en su artículo 101°, establece que, en el proceso penal, en lo concerniente a la reparación civil, se debe aplicar las disposiciones del Código Civil, se ha constatado que, en la práctica procesal penal, se hace caso omiso a este dispositivo legal. Y pese a la naturaleza privada o particular de la reparación civil y al interés privado en el cual se sustenta, en el proceso penal se la sigue considerando como una institución de carácter público, con el consiguiente desplazamiento de la víctima por parte de la autoridad estatal.
- ✓ El artículo 12° del Nuevo Código Procesal Penal en el inciso 3) da la posibilidad de que en caso de sobreseimiento del proceso o absolución del acusado se fije la reparación civil, su naturaleza de accesoria en el proceso penal no varía, por cuanto, para que ésta puede ser ejercida dentro de un proceso penal requiere del inicio de la acción penal. Sin lugar a dudas, la modificación más importante del Código Procesal Penal en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12°, apartado 3), del referido Código, que estipula que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda. Esto significa, en buena cuenta, que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la Jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito- no puede ser calificado como infracción penal



Antecedente N° 02

Como segundo antecedente nacional se tiene la investigación presentada por Castro Ramos, Juan Carlos (2019); en su investigación intitulada: *“Análisis de la valoración de la prueba en las sentencias del delito de violación sexual de menores emitidos por los Juzgado Penales Colegiados de Puno – año 2016”*, presentado ante la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa para obtener el grado académico de Doctor en Derecho, cuyas conclusiones son como se detallan:

- ✓ Solo en 1 sentencia (equivale al 4.16 % de las sentencias) emitida en el año 2016 por los Juzgados Penales Colegiados del departamento de Puno, se ha hecho una correcta valoración probatoria (tanto individual como colectiva) al momento de fijar una reparación civil; mientras, que en 23 sentencias (equivale al 95.84 %) se ha hecho una incorrecta valoración probatoria al momento de fijar la Reparación civil.
- ✓ En las sentencias analizadas, al no haberse hecho una correcta valoración probatoria, tanto al emitir el fallo, como al fijar la reparación civil, se atentó contra el Derecho al Debido proceso (Derecho a la Prueba) regulada en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, y Valoración probatoria regulada en el inciso 2 del artículo 393 del N.C.P.P. (Normas para la deliberación y votación).
- ✓ La causa que origina que en las sentencias analizadas no se haya hecho una correcta valoración probatoria, es porque, los Jueces (Juez “habla” y se “comunica” a través de la sentencia) al no estar debidamente capacitados, es que, no aplicaron correcta y pertinentemente la Doctrina, jurisprudencia, acuerdos plenarios y otros.
- ✓ La emisión de sentencias sin una correcta valoración probatoria, trae como consecuencia, la emisión de sentencias injustas y que tanto el justiciable como la sociedad, tengan desconfianza en la administración de justicia penal e incluso, pretendan ejercer justicia por mano propia.

Antecedente N° 02

Como tercer antecedente nacional se tiene la investigación presentada por Namuche Cruzado, Clara Isabel (2017); en su investigación intitulada: *“La falta de motivación de las resoluciones judiciales en el delito de violación sexual en el distrito judicial de Lima Norte 2015”*, presentado ante la Universidad César Vallejo para obtener el grado



académico de Maestra en derecho Penal y Procesal Penal, cuyas conclusiones son como se detallan:

- ✓ La motivación es una operación lógica que se apoya en la certeza y como valor supremo, en la justicia. Todo el sistema judicial debe de abarcar los hábitos desde su formación en la Academia de la Magistratura y todas las instituciones que capacitan y forman a los magistrados y desde luego tener una adecuada preparación en Argumentación jurídica para que puedan entender y plasmar en las Resoluciones una correcta motivación a plenitud y sobre todo al respeto de los derechos fundamentales.
- ✓ La Motivación de las Resoluciones Judiciales por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como un factor de racionalidad en el ejercicio del poder y a la vez facilita su control mediante los recursos que proceden. Actúa, en suma, para favorecer un más complejo derecho de la defensa en juicio y como elemento preventivo de la arbitrariedad.
- ✓ Debe de resaltarse en las normas jurídicas que podemos hacer para que se cumpla la obligatoriedad de que los jueces realicen una motivación de las resoluciones judiciales con razonamiento y no caer en error judicial.
- ✓ Las resoluciones judiciales, en su gran mayoría no guarda una motivación lo suficientemente consistente que brinde seguridad a los ciudadanos. Puesto que se ha corroborado que muchos jueces con el solo hecho que alegar que la decisión es a su criterio y transcribir literalmente el cuerpo legal consideran que existe una debida argumentación del porque la decisión que se está tomando.

Antecedente N° 3

Como cuarto antecedente nacional se tiene la investigación presentada por Gonzales Cabanillas, Lesli Roxana y Moreto Sena, José Luis (2019); en su investigación intitulada: *“La reparación integral del daño a las víctimas de violación sexual: Distrito judicial de La Libertad”*, presentado ante la Universidad Nacional de Trujillo para obtener el grado académico de Bachiller en Derecho, cuyas conclusiones son como se detallan:

- ✓ Los jueces penales del distrito judicial de La Libertad mediante el control de convecionalidad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el caso Gonzales y otras Vs. Mexico, al expedir sus sentencias del



delito de violación sexual deben determinar las medidas de la reparación integral del daño a las víctimas.

- ✓ La reparación integral del daño a las víctimas del delito de violación sexual conforme a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Gonzales y Otros Vs. México, comprende las siguientes medidas: Rehabilitación, que tiene el propósito de reducir la existencia de padecimientos por parte de las víctimas y sus familiares mediante la asistencia médica, psicológica, psiquiátrica y rehabilitación en relación con el proyecto de vida; restitución, implica el restitutio in integrum, aunque sea de modo parcial, es decir, respecto de alguno de los derechos vulnerados ya que, ese ideal difícilmente se logra completamente y en muchos casos resulta imposible; indemnización, es una reparación pecuniaria que consiste, en síntesis, en una compensación de la pérdida de un bien con dinero y es, sin lugar a dudas, el tipo de reparación más generalizada; satisfacción, son aquellas de naturaleza no pecuniaria que tienen como finalidad compensar la violación de bienes que no son patrimoniales y las garantías de no repetición, tienen como objetivo impedir que hechos similares a los que han sido probados en cada caso, vuelvan a reiterarse en el futuro.
- ✓ Se determinó que las sentencias emitidas por los jueces penales del distrito judicial de La Libertad, en cuanto a los delitos de violación sexual en el periodo comprendido entre los años 2010 - 2016, respecto de la reparación fijan sólo montos dinerarios, no encontrando un criterio uniforme para determinar dicho monto, sino todo lo contrario, pues los montos que se señalan varían de manera desproporcional entre la pena privativa de la libertad para el acusado y la reparación civil a la víctima (Ver Cuadro de la discusión de resultado N.º 03). Además, en algunas de las resoluciones utilizan como motivación para determinar la reparación civil los artículos 92 y 93 del código penal y el acuerdo plenario N.º 6-2006/CJ-116; y, en otras no realizan ninguna mención jurídica, y en dos casos omiten fijar el monto de reparación.
- ✓ En nuestra legislación nacional no existe una regulación normativa sobre la reparación integral del daño a las víctimas del delito de violación sexual.
- ✓ El estado peruano debe promulgar un cuerpo normativo que desarrolle la reparación integral del daño a las víctimas de violación sexual; así, como la crear un fondo común de reparaciones en el marco de una adecuada política pública, como medidas



para el cumplimiento de la sentencia Gonzales y Otros Vs. México emitida por la Corte interamericana de Derechos Humanos.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Debida motivación de las resoluciones judiciales

2.2.1.1. Antecedentes históricos

A través de la historia la motivación de las decisiones judiciales o su ausencia ha tenido diversos significados y finalidades, en ese orden de ideas, en el derecho Romano no existía para el magistrado el deber de motivar sus decisiones, por tanto, no estaba en la necesidad de expresar la ratio decidendi, se respetaba la decisión del juez en virtud a su prestigio social y además porque la función de administrar justicia se encontraba asignada a los miembros de la nobleza.

En la edad media, en casi todas las latitudes de Europa las resoluciones judiciales carecían de motivación, salvo en algunos casos registrados por la historia. Así la partida ni, Titulo XVIII, ley 110 y el Titulo XXI, ley 1, se imponía al juez expresar las razones por cuales fallaba de esa manera en el caso concreto, y se disponía: “deuen dezir los juezes que judgarenn la alcada porque fallamos en tal razón.” (Colomer, 2003, pág. 62).

Entre los siglos XIII Y XVIII, en Europa, y particularmente en Italia, la sentencia era expedida sin motivación pues solamente contenía la identificación de la causa y la parte dispositiva o fallo, pero se acostumbraba formular el llamado “*exprimere causam in sententia*” que consistía una suerte de expresión de motivos de la sentencia, que corría un documento oficial y separado de la sentencia; cabe precisar que no era parte integrante de esta, y en muchos casos la redacción de aquel documento se hacía en fecha muy posterior a la del emisión de la sentencia. (Ticona Postigo, 2001)

Sin embargo, universalmente, la doctrina nos dice, que se introduce la institución de la “motivación de las sentencias” conjuntamente con la evolución del moderno Estado de Derecho, esto es, a la par de la revolución francesa de 1789, en la cual, el poder autoritario se sujetaba a los lineamientos y poder de la ley, por ello surge como un deber y obligación de que todas las resoluciones sean justificadas en todo su contenido, y dicho estado histórico sentó las bases del nuevo ordenamiento jurídico mundial que abrazaron muchos países que hoy reyna.



Para ser exactos, en efecto, la obligatoriedad de la motivación de las sentencias tiene incluso una oficial fecha de nacimiento: el 24 de agosto de 1790, fecha en la que la Asamblea Nacional francesa, al aprobar la ley sobre la nueva organización judicial revolucionaria, prescribió en su artículo 15 que toda sentencia, civil o penal, de apelación o de primera instancia, debía contener además de la indicación de los nombres de las partes, de las cuestiones controvertidas de hecho y de derecho y el fallo, los resultados probatorios y las/motivaciones de la decisión “les motifs qui auront déterminé le jugement” (Gaceta Jurídica, 2005).

Taruffo citado por Gaceta Jurídica (2005, p. 5001), nos dice “La imposición del deber de motivar las sentencias tendía a asegurar a todos los franceses la subordinación del juez a la ley y a evitar el tan temido despotismo judicial que caracterizó a la magistratura durante el Anden régime. Tal como lo señala Taruffo en el cuadro de los principios de inspiración democrática revolucionarios, "en alternativa a la arbitrariedad del juicio, toma cuerpo la imagen del juez que no solo debe aplicar la ley creada por el pueblo, sino que, además, debe sujetarse al control del pueblo enunciando las razones de su propia decisión”.

El deber de motivar fue luego sancionado, en términos más generales, en el art. 208 de la Constitución francesa del año 1795, el cual establecía que todas las sentencias debían ser motivadas y debían enunciar los términos de la ley que se aplicaba, siendo desarrollado, más adelante, en los Códigos procesales napoleónicos y de allí en las codificaciones procesales europeas del Siglo XIX (Gaceta Jurídica, 2005).

En la actualidad, dentro de un Estado de derecho, se considera a la motivación de la decisión judicial como un elemento del debido proceso y como una forma de control social. En ese sentido sostiene que el control social de la actividad de interpretación y aplicación se manifiesta solo en aquella sociedad en que existe una distinción entre quien formula la norma y quien la aplicación; el parlamento ostenta una legitimidad de origen y el juez una legitimidad de ejercicio, al primero de se le controla a través de la elección, al segundo por medio de la crítica de sus resoluciones. Se entiende que se critica la parte decisoria de la sentencia, pero a través de la motivación, y en ese sentido debe concluirse que el objeto inmediato y central de la crítica a las resoluciones judiciales va dirigida a la motivación o las razones de hecho y derecho en que el Juez sustenta su fallo. (Prieto Sanchis, 1987, pág. 116)



En el paradigma tradicional se sostiene que la sentencia es el resultado de un proceso lógico jurídico de naturaleza rigurosamente intelectual que va de la ley al caso concreto, o a la inversa, y que tiene por finalidad demostrar a las partes, a los órganos jurisdiccionales superiores y a la sociedad que efectivamente se ha seguido ese proceso (cautela objetiva) a lo que adiciona la cautela sustancial, que consiste en mostrar la vinculación estricta del juez a la ley. En cambio, en el nuevo paradigma la función de la motivación es totalmente distinta, por cuanto ahora se admite que el juez no solo se atenga exclusivamente a la ley, pero se rechaza que resuelva contra ella; en tal sentido, la motivación permite la comprobación de que la sentencia no se ha salido del marco de actuación otorgada al juez por la ley y, en todo caso, la motivación se limita a argumentar que lo decidido es jurídicamente lo correcto. (Ticona Postigo, 2001, pág. 10)

Nosotros podemos concluir que en un estado democrático y social de derecho la motivación es una exigencia constitucional que tiene dos dimensiones :a) subjetiva, como elemento del derecho fundamental a un debido proceso, porque el justiciable le tiene derecho a conocer las razones de fáctica y jurídicas en virtud a las cuales el juez decide el litigio en la que es parte; a fin de hacer valer sus derechos que de ello se deriven; y b) de otra objetiva, por cuanto la motivación ,como sustento de una sentencia objetiva y razonablemente justa, legitima democráticamente el ejercicio de la función del juez, en razón de que a través de la motivación y de la argumentación debe mostrar que:

- El juicio de hecho es el correcto, al haber establecido en el proceso la verdad jurídica objetiva;
- En el juicio de derecho ha establecido la voluntad objetiva de la norma, por medio de la interpretación correcta y de la argumentación adecuada; y,
- La vinculación del juez a la constitución, las leyes y al derecho objetivo, en general ha sido expresada y argumentada en la motivación de la sentencia.

Cabe preguntarse en esta parte ¿es necesario que los argumentos de la motivación sean certeros o es suficiente que aquellos sean razonables? Esta interrogante nos conduce ineludiblemente a otra de igual o mayor trascendencia ¿la decisión del juez debe ser justa o es insuficiente que sea razonable?; y aun mas ¿el juez tiene el deber de emitir una sentencia justa o solamente el deber de dictar una sentencia razonable? Por ahora diremos que los argumentos que expone el juez en la sentencia, al motivarla deben ser certeros tal como lo sustentaremos más adelante cuando abordemos los elementos de la sentencia objetiva o materialmente justa y, en particular, en la motivación sobre los hechos y el



derecho. Se admite en gran parte de la doctrina que es suficiente que los argumentos sean racionales o razonables para que la decisión sea razonable y aceptable. No compartimos esta posición, pues pensamos que una argumentación razonable nos conduce necesariamente a una decisión razonable en cambio consideramos que solamente la argumentación certera debe conducir a una decisión justa, o por lo menos existe una mayor probabilidad de que la sentencia concrete el valor justicia (concurrentemente con otros valores y principios) en el caso sub judice. (Ticona Postigo, 2001, pág. 11)

Nuestro ordenamiento constitucional (art.139 inc.5) consagra como principio de la función jurisdiccional, la motivación escrita de las resoluciones judiciales, salvo los decretos de mero trámite. Esta norma constitucional tiene su desarrollo legislativo, en el ámbito del proceso civil, en diversas normas e C.P.C. como: a) el deber de fundamentar los auto y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia (art.50 inc.6 primer párrafo), b) la resolución debe contener la mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones de los fundamentos de hechos y derecho (art. 122, inc. 3); en decisión motivada e impugnada, el juez puede ordenar prueba de oficio adicionales que estime convenientes, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes son insuficientes para formar convicción (art.194); c) la sentencia casatoria debe motivar los fundamentos por los cuales se declara infundado el recurso cuando no se haya presentado ninguna de las causales previstas en el art.386 y la sala no casara la sentencia por el solo hecho de estar erróneamente motivada, si su parte resolutive se ajusta a derecho, empero se debe efectuar la ratificación correspondiente(art 397); d) la decisión que ampara o rechaza la medida cautelar será debidamente motivada, bajo sanción de nulidad (art. 611 último párrafo); e) todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos que la sustentan y esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia (art.12 del T.U.O. de la L.O. del P.J). (Ticona Postigo, 2001, pág. 12)

2.2.1.2. Concepto

El desarrollo de la doctrina jurídica a partir de la mitad del siglo XX, sobre todo con los cuestionamientos severos a la teoría del silogismo judicial, nos permite establecer diferencias y correlaciones conceptuales entre motivación. como luego veremos, la motivación psicológica de desarrollo en el contexto de justificación.



El deber jurídico de motivar los hechos probados no solo es un deber legal, sino de modo claro e inequívoco constituye, sobre todo, una obligación de rango constitucional art 139, inc.5 de la Constitución Política del Perú consagra como una garantía y un principio de la administración de justicia. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con precisión expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho que la sustenta. (Castillo Alva, 2013, pág. 133)

Castillo citado por (Garrido, 1976), nos dice El cumplimiento del deber de motivación supone que las resoluciones judiciales deben documentarse (especialmente por escrito) como expresión de la función y garantía que reviste la declaración de la voluntad del Estado, donde no todo acto escrito tiene una debida motivación como se presume, entendiéndose que lo escrito no significa que se haya motivado. Motivar es más que un acto estatal escrito y que una pura declaración de voluntad, en la medida que constituye más bien el resultado de un procedimiento (debido proceso) y una decisión racional, basado en hechos, medios de prueba y la ampliación del derecho.

La obligación de la motivación que expresa la constitución es una condición de validez de cualquier resolución judicial, bien se trate de auto o sentencia. Por mandato constitucional no solo las sentencias se motivan, sino toda resolución judicial. las resoluciones judiciales pueden presentarse en la forma de resoluciones judiciales pueden presentarse en la forma de resoluciones de impulso del proceso (decretos), resoluciones en las que se deciden cuestiones jurídicas relevantes en el proceso (autos) o resoluciones que ponen fin al mismo (sentencias). Al respecto, el art.120 del CPC prescribe que: Los actos procesales a través de los cuales se impulsa o decide al interior del proceso o se pone fin a este, pueden ser decretos, autos y sentencia. La constitución establece que solo los decretos se exceptúan del deber general de motivar las resoluciones judiciales. los decretos se caracterizan por impulsar el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite (art.121 del CPC) (Castillo Alva, 2013, pág. 134).

La regulación constitucional establece que la motivación de las resoluciones judiciales deberá contener por lo menos la referencia de la ley aplicable al caso concreto y debe registrar también los fundamentos de hecho que sustentan la decisión. Tanto la motivación de los hechos, como la motivación del derecho aplicable al caso concreto, componen la estructura indispensable del deber constitucional de justificar las resoluciones judiciales. Si bien ambos tienen importancia metodológica autónoma queda claro que vertebran en una complementariedad necesaria el deber de motivar las



resoluciones judiciales. la motivación de los hechos siendo importante es en sí insuficiente, si es que no va acompañado de la motivación del derecho aplicable al caso concreto (Castillo Alva, 2013, pág. 134).

Por su parte el Tribunal Constitucional (TC) en reiteradas oportunidades y sendos casos, ha vertido definiciones sobre la debida motivación de las resoluciones, así podemos citar algunos de ellos, el primero recaído en el Exp. N° 1480-2006-AA/TC, fundamento 2, nos dice que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios. En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”.

En nuestra Constitución Política se encuentra regulada en el artículo 139, inciso 5), que literalmente dice “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: *La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite*»; precisando que el juez debe argumentar *expresamente de la ley aplicable y los fundamentos de hecho que las justifican fácticamente*”.

La debida motivación desde el lado procesal y/o procedimental de orden judicial y/o administrativa, es un principio rector, en la que el decisor, debe exponer las razones de hecho y de Derecho, valorando sistemáticamente todos los medios probatorios actuados



en la etapa correspondiente; y, desde el lado del justiciable, constituye un derecho fundamental que le permite exigir al juez o decisor del caso resuelva el caso con justicia.

2.2.1.3. Naturaleza jurídica

La motivación de las resoluciones judiciales configura un derecho fundamental de todo justiciable y, como tal, “importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso”. De allí que se predique que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso”. Por tanto, “(...) la motivación debida (...) es un derecho fundamental, que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional. (Becerra Suárez, 2019)

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos la motivación “*es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática (...). En este sentido, la argumentación de un fallo (...) debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso».*



Sin embargo, el deber de motivación que viene impuesto por la Constitución no significa que los jueces estén obligados a contestar todas las alegaciones que las partes postulen, menos garantiza una determinada extensión argumentativa como presupuesto de validez de la decisión judicial. El contenido del deber de motivación que la Constitución garantiza reconoce, por un lado, el derecho del justiciable a conocer las razones de orden jurídico y fáctico que han orientado y justificado el sentido de la decisión; por otro, el deber del juez de emitir juicios de valor racionales sobre la controversia sometida a su conocimiento y decisión, En efecto, el Tribunal Constitucional español ha resaltado que: *“La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa (...) Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver”*.

2.2.1.4. Requisitos

Los requisitos de la debida motivación de las resoluciones judiciales son: (Villegas Paiva, 2017, pág. 265)

- Motivación expresa: Por exigencia de motivación escrita de las resoluciones judiciales, regulada en el artículo 139.5 de nuestra Constitución, el órgano encargado y emitir una resolución jurisdiccional debe señalar en su parte considerativa de su resolución los fundamentos jurídicos que ha empleado, los cuales lo han conducido a resolver el caso de una forma determinada y no de otra.
- Motivación clara: El pensamiento del juzgador debe ser aprehensible, comprensible y examinable, las ideas que se expresan no deben dejar lugar a dudas, “la motivación clara puede establecerse como imperativo procesal en la medida en que las partes son los destinatarios directos de la resolución de un conflicto ante el poder judicial.



- Respecto a las máximas de la experiencia: Máximas de la experiencia se constituye a partir de las reglas de la vida, la vivencias personales o transmitidas y en el sentido común todos estos son elementos que los magistrados deben de tomar en cuenta al momento de la elaboración de las premisas que los llevaran a una determinada conclusión.
- Respecto a los principios lógicos: En efecto, las resoluciones deben respetar el principio de “no contradicción” por el cual se encuentra prohibida la afirmación y negación, a la vez, de un hecho, de un fundamento jurídico, etc. Igualmente, se debe respetar el principio de “tercio excluido” que señala que entre dos cosas contradictorias no cabe término medio, es decir, si reconocemos que una proposición es verdadera, la negación de dicha proposición es falsa, en ese sentido, no caben términos medios.

2.2.1.5. Importancia

En efecto, si el juez cumple con motivar su decisión, en realidad trasciende en la decisión final como ha argumentado la decisión en qué medida ha construido adecuadamente sus argumentos, cuales tipos de argumentos ha utilizado, cual es la concepción interpretativa que subyace en la posición que adopta para resolver la controversia jurídica, si ha respetado los estándares de justificación interna, y, por tanto, si ha sido la lógica no solo formal sino material uno de los elementos relevantes de la decisión, y si por otro lado, ha considerado una buena justificación externa, traducida en una conveniente corrección material de las premisas adoptadas. (Figuroa Gutarra, 2014, pág. 15).

Por su parte el TC en el Exp. N° 00728-2008-PHC/TC-Lima, fundamento 7, refiere que “El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales”.



2.2.1.6. Funciones

La debida motivación de las resoluciones jurisdiccionales tiene una función endoprocesal y otra extraprocesal: (Villegas Paiva, 2017, pág. 261)

- a) La **función endoprocesal** exige que las partes intervinientes en el proceso puedan conocer las razones de que a una prueba se reconoce un determinado valor (o se le niegue eficacia probatoria) sobre la base del examen individualizado de las pruebas y cuál es el razonamiento que a partir de las inferencias y valoración global de las pruebas se da por probado (o improbad) un determinado enunciado factico, ya sea que se refiera a un hecho principal o a un hecho secundario. Las partes tienen derecho a saber por qué las pruebas más aún si son aportadas por ellas valen o tienen un determinado peso y de ser contraria las respuestas tienen derecho a saber por qué las pruebas se desestiman de eficacia probatoria. Asimismo, tienen derecho a conocer las razones y los argumentos basados en las pruebas recogidas y actuadas en el proceso que sustentan que un hecho se dé o no por probado de manera suficiente. Solo así se garantiza adecuadamente el derecho fundamental a la defensa en juicio y el derecho al recurso, ya que sin motivación de los hechos probados la persona no solo no puede impugnar, sino que se le priva de conocer las razones fácticas del fallo dictado a su contra (Rivera morales, 2011, pág. 346).
- b) **La función extraprocesal**, por su parte la función extraprocesal, de la motivación de la prueba exige que la valoración de los hechos probados se justifique de manera suficiente para toda la población, como expresión del principio democrático y legitimidad de la función jurisdiccional. (Accatino Scagliotti, 2010, pág. 21) La motivación de la prueba permite alcanzar dos valores de indiscutibles como es la justicia y la verdad en tanto solo una ponderación racional de la prueba está en condiciones de garantizar una decisión justa y una decisión que se corresponda a una reconstrucción verdadera de los hechos voluntad consiste en mostrar el esfuerzo realizado por el juez en el juicio de hecho. Asimismo, posibilita el control de la discrecionalidad del juez, tanto en lo que se refiere al examen individualizado y el examen general de la prueba, al obligar a que se fundamente la elección de la hipótesis fáctica que este mejor probada, luego de cumplirse con el estándar de suficiente probatoria (Rivera morales, 2011, pág. 354).

El fundamento extraprocesal de la motivación constituye un principio jurídico-político que representa la posibilidad de control de una de las actividades estatales más importantes como es la actividad jurisdiccional, la cual puede ser fiscalizada



no solo por las partes o los sujetos involucrados en un proceso, sino por la sociedad y la ciudadanía en general (Andres Ibañez, 2005, pág. 261) según se reconoce en la doctrina, el deber de motivar las resoluciones judiciales cumple no solo una función en el proceso y en especial con las partes involucradas sino también cumple un rol dentro de la sociedad al aportar razones apropiadas en la solución de la controversia.

2.2.1.7. Contenido esencial de la debida motivación

El Tribunal Constitucional en su sentencia N° STC 4348-2005-PA/TC, ha indicado que el contenido esencial del derecho a la motivación de las resoluciones está constituido o conformado por:

- a) Fundamentación jurídica, lo que supone que se exprese no solo la norma aplicable al caso, sino que también se explique y justifique por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado en los supuestos que la norma prevé;
- b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto; y,
- c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea sucinta.

2.2.1.8. Afectación al contenido esencial de la debida motivación

El Tribunal Constitucional en los casos Exp. N° 3943-2006-PA/TC y Exp. N° 1744-2005-PA/TC), ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho, se vulnera, en los siguientes supuestos:

“a) **Inexistencia de motivación o motivación aparente.** Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) **Falta de motivación interna del razonamiento.** La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia



narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) **Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.** El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: **1)** ha establecido la existencia de un daño; **2)** luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por él juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el habeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.



d) **La motivación insuficiente.** Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) **La motivación sustancialmente incongruente.** El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar/la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139°, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones ¿efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) **Motivaciones cualificadas.** Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal”. (Chipana Catalan, 2019)



2.2.2. La reparación civil

2.2.2.1. Concepto

El objeto civil en el proceso penal se conoce como reparación civil o también llamada responsabilidad civil *ex delicto*. Dicha institución de carácter civil se introduce en el proceso penal a partir de la vigencia del Código Penal de 1863, conjuntamente con la pretensión penal (Fernández, 2015). Por su parte, Del Rio citado por Reátegui (2014, p. 127) nos dice que “La reparación civil viene a ser el resarcimiento del bien o indemnización, aun cuando esta sea totalmente exigua, por quien ocasionó una daño - traducible en delito- que afectó los Derechos e intereses legítimos de la víctima”.

Al respecto, la doctrina jurisprudencial plasmado en el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 fundamento 7 nos dice que “La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93 del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil.”

El daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto (1) daños patrimoniales, que consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir -menoscabo patrimonial-; cuanto (2) daños no patrimoniales, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales -no patrimoniales- tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas (Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 f. 8).

2.2.2.2. Naturaleza jurídica

Ciertamente en la doctrina existe dos corrientes enfocados a precisar la naturaleza jurídica de la reparación civil, la primera, la reparación civil como sanción jurídico-penal, por la razón que la reparación civil se ventila en sede penal y cumple una finalidad propia de la pena y puede imponerse conjuntamente con esta o sustituirla en algunos casos. La segunda postura, es aquella que considera a la reparación civil de naturaleza privada, postura que es asumida por nuestro sistema de justicia, nuestra jurisprudencia y la mayoría de doctrinarios nacionales; sustentado por el interés particular y específico de la



víctima por el delito. Al respecto el jurista César San Martín citado por Gálvez (2016, p.204) refiere que “La naturaleza de derecho de realización del Derecho Procesal Penal no puede sustituir o transformar lo que por imperio del Derecho material es privado, en tanto se sustenta en el daño causado, producto de un acto ilícito”.

Por su parte la jurisprudencia nacional recaído en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 nos dice que la reparación civil es de naturaleza privada, literalmente expresa: *“Como se está ante una institución de naturaleza jurídico-civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido, y se proyecta, en cuanto a su contenido, a lo establecido en el artículo 93 del Código Penal, procesalmente está informada por los principios dispositivo y de congruencia. La vigencia de los indicados principios, a tono con la naturaleza privada -y, por ende, disponible- de la responsabilidad civil ex delicto, determina que si no se cuestiona la reparación civil fijada en la acusación fiscal el Tribunal está limitado absolutamente a la cantidad acordada, esto es, no puede modificarla ni alterarla en su alcance o ámbito y magnitud (...)”*.

2.2.2.3. Titularidad de la acción civil

Según el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público – Decreto Legislativo 052 (en adelante LOMP) el representante del Ministerio Público entre otras funciones principales persigue el delito y la reparación civil, y por tanto tiene el deber de la carga de la prueba no sólo en la acción penal, sino que también en la acciones civiles y tutelares que ejercite (art. 14 de la LOMP). Al respecto, el nuevo código procesal penal (en adelante NCPP) en su artículo 11 y siguientes regula lo concerniente a la acción civil, otorgando dicha titularidad y legitimidad tanto al fiscal como al agraviado, claro está que dicha acción es excluyente, quiere decir, el fiscal asume la acción civil desde el inicio de los actos de la investigación hasta el final del proceso, sin embargo, dicha función cesa en caso el perjudicado o agraviado se constituye en actor civil antes de la culminación de la investigación preparatoria. En consecuencia, afirmamos que los titulares de la acción civil dirigido a obtener el resarcimiento económico, son el fiscal y el agraviado directo o indirecto, pero con las precisiones antes expuestas.

2.2.2.4. El agraviado

Villegas citado por Laura (2016, p.189) nos dice que “(...) son víctimas, además del sujeto pasivo del ilícito penal (solo se requiere que la conducta del victimario sea típica y antijurídica, no siendo necesario que haya actuado culpablemente), todas las personas físicas y jurídicas que directa o indirectamente sufren un daño notable como consecuencia



inmediata o mediata de la infracción, y que, en justicia, son acreedoras de importantes nuevos derechos que deben ser reconocidos, tanto formal como materialmente. Del concepto esbozado se desprende que todo sujeto pasivo del delito es víctima, pero no toda víctima es sujeto pasivo del mismo.”

Por su parte Cubas Villanueva citado por Laura, refiere que el “Agravado es la persona que ha sido víctima de la comisión del delito. Todo delito ocasiona perjuicio material a la víctima y el autor está obligado a reparar tal perjuicio, por ello como consecuencia del delito surgen dos acciones, una dirigida a obtener la aplicación de la sanción penal y otra dirigida a obtener el resarcimiento por el daño causado.”

Al respecto, el NCPP en su artículo 94 considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Por tanto, se infiere de la legislación nacional y la doctrina mayoritaria nacional, existen dos tipos de víctimas (Laura; 2016, p.191):

- Directa. – Es todo aquel que resulta directamente ofendido por el delito, que en puridad es el sujeto pasivo del mismo; e,
- Indirecta. – Es aquella persona que sufre las consecuencias del delito, como lo pueden ser los familiares de la víctima directa.

En ese orden de ideas, el agraviado, perjudicado, actor civil o víctima en el proceso penal, es aquel que tiene un interés directo en la reparación o indemnización de los perjuicios producidos por la comisión del hecho delictivo (Oré Guardia citado por Laura, 2016).

2.2.2.5. Derechos del agraviado en el proceso penal

En nuestra legislación procesal penal vigente en su artículo 95 describe una serie de derechos que ostenta el agraviado, así resumidamente se tiene: i) A ser informado de los resultados de la actuación de la investigación; ii) a ser escuchado en el decurso del proceso; iii) a recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad; iv) a impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria. Si bien, en la citada norma no se consigna expresamente el derecho a la reparación civil a favor del agraviado, sin embargo, debemos de estudiar sistemáticamente el NCPP, quien en su artículo 105 estipula ciertas facultades adicionales del actor civil, como es, acreditar la reparación civil que pretende. Sin embargo, dicha facultad más está en las líneas del deber del actor civil que como derecho propiamente



dicho; por tanto, consideramos que éste es una *debilidad legal* en el marco del NCPP que debe normar con amplitud y certeza el derecho a la reparación civil del agraviado, es más, como la doctrina lo denomina, se hablaría del *derecho a la reparación civil integral*, como consecuencia del daño causado por el hecho delictivo.

Por su parte la doctrina, nos dice que el agraviado, claro está además de los prescritos en la norma adjetiva citada, tiene los siguientes derechos:

- A la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real, lo que resulta de particular relevancia cuando se trata de violaciones a los derechos humanos.
- A la justicia, que el caso concreto exige, esto es, el derecho a que no haya impunidad; y,
- A la reparación del daño, esto es, a través de una compensación económica u otro, que son formas de resarcir a la víctima del delito. Al respecto, San Martín Castro citado por Álvarez (2016, p. 246), refiere “el derecho a la reparación no se limita únicamente a la reparación económica a través de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos con ocasión del delito, sino como una *restitutio in integrum* a la situación en la que estaban los derechos antes su vulneración, (...)”.

2.2.2.6. Derechos del niño y/o adolescente según las normas internacionales y el Código del Niño y del Adolescente

Los derechos universales y fundamentales nacen con el ser humano, es intrínseco a su naturaleza por el sólo hecho de nacer, y para salvaguardar el efectivo cumplimiento y respeto a los derechos de las personas naturales, el hombre, ha convenido en plasmar esos derechos en documentos de orden internacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (del 10 de diciembre de 1948), Convención Americana sobre Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969), entre otros, y cada uno de los países han adoptado en sus respectivas constituciones los derechos fundamentales de la persona; lógicamente, tales declaraciones es para todas las personas incluidos niños y ancianos que no sería necesario su regulación particular, sin embargo, evaluando el lado frágil de los niños, los países han visto por conveniente reforzar específicamente sobre los derechos de los menores, tal es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) y, posteriormente aprobaron las Naciones Unidas la Convención sobre los derechos del niño (20 de noviembre de 1989).



En los referidos textos de los menores, se reconoce el derecho irrestricto a la vida, a la dignidad, integridad física y psicológica, así como a su buena reputación, entre otros derechos. En nuestro país, existe el Código del Niño y del Adolescente, Ley 27337, el cual, en el artículo 1° se regula el derecho A la vida e integridad del niño, que literalmente dice: “El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental”. Asimismo, es concordante con el artículo 4° de la citada ley, que dice: “El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante”.

Por tanto, el abuso sexual contra menores de edad, vulnera los derechos esenciales a la dignidad, integridad física y moral, al libre desarrollo psíquico conforme a su naturaleza del menor, la misma que engloba el proyecto de vida.

2.2.2.7. Problemática de la reparación civil en el proceso penal

Del Rio citado por Reátegui (2014), nos dice que “En el Perú, la acción civil está condenada a comportarse como un monaguillo de la acción penal; porque casi siempre la acompaña, pero no tiene voz propia. La mayoría de las resoluciones judiciales de condena en la jurisdicción penal se limitan a motivar el extremo vinculado a la aplicación de la sanción penal y no dicen nada, o casi nada, sobre las razones que conducen a la aplicación de una reparación civil (...).” En ese mismo sentido, Reátegui refiere que el juez penal siempre tratará de reestructurar, inconscientemente, los presupuestos de la responsabilidad civil hacia la responsabilidad penal, tratando de uniformizarlo en lo más que se pueda, pero siempre desde la perspectiva del Derecho Penal; por ello, un Juez que labora en el proceso penal, obviamente su decisión siempre estará presente las categorías del Derecho penal; mientras que las consideraciones sobre la reparación civil, siempre quede al borde del abismo, es decir, al final de su decisión.

Por otro lado está el problema de si se debe resarcir con o sin actividad probatoria, al respecto, el magistrado César San Martín citado por Fernández (2015), propone la realización de una audiencia complementaria que permita la actuación probatoria bajo los principios procesales del nuevo modelo procesal penal peruano como la oralidad, la intermediación y otros para acreditar los hechos dañosos y la fijación de la indemnización



correspondiente, la no realización de dicha actividad vulneraría las garantías de tutela jurisdiccional y defensa.

Lo afirmado por el magistrado César San Martín, es compartida por varios doctrinarios “(...) al no tenerse en cuenta la naturaleza privada y dispositiva de la pretensión resarcitoria en el proceso, se estaría limitando al derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva, al impedírsele recurrir a la autoridad competente y exigir la actuación de la potestad jurisdiccional del Estado para la satisfacción de su pretensión; indicando además, que en el proceso penal, aun cuando la víctima se constituya en actor civil, de todas maneras es postergada por todos los operadores procesales penales, quienes una suerte de marginación que no le permite ejercitar debidamente su derecho a la tutela judicial efectiva” (Gálvez; 2016, p. 82 y 83).

En cuanto, a la acción civil, indistintamente de quién accione para solicitar la reparación civil, la fijación del monto resarcitorio es ínfimo y completamente desproporcional e injusta a la sanción penal, ya que, en el caso del fiscal éste básicamente se enfoca a probar el hecho delictivo e individualizar al responsable del delito, abandonando su otra función que viene a ser la acción civil conforme lo estipula la LOMP, y como mero formalismo sencillamente en su requerimiento acusatorio solicita un monto reparatorio simbólico nada racional, y en el caso de ampararse la sanción penal solicita, también se amparará el monto de la reparación civil simbólica; esto porque el juez como tercero imparcial y garantista fundamenta su decisión en base a los medios probatorios actuados en juicio oral. En caso del agraviado, en cuanto se constituya en actor civil su inactiva participación probatoria influye en la determinación del monto de la reparación civil o simplemente por la falta de normatividad correspondiente se ve mermado su posibilidad de que su pretensión civil sea amparada con justicia.

Por tanto, la actitud que observa el agraviado o el actor civil, es limitada o de escasa trascendencia, porque todavía no advierten la potencia de su participación en el proceso penal, donde pueden obtener una importante indemnización, claro está, si lo acreditan debidamente (Fernández, 2015).

Pero, otro de los problemas de la acción civil, se da cuando el agraviado se constituye en actor civil, el cual, tanto el fiscal como el juez se olvidan completamente del agraviado en el proceso penal, enfocándose ambos actores procesales en la acción penal, quizás por la naturaleza propia del proceso penal o quizás por falta de criterio de dichos personajes



en el proceso penal. Muy a pesar que el agraviado solicite su constitución en actor civil, el juzgador declara improcedente o infundada su petición, dejando desamparado al agraviado muy a pesar que la acción civil prosiga con su curso. Los magistrados con mejor criterio deberían de amparar la solicitud de constitución en actor civil del agraviado de manera automática en cuanto exista formalización de la investigación preparatoria.

Como propuesta normativa sería regular específicamente la acción civil a favor del representante del Ministerio Público en cuanto el agraviado no se constituya en actor civil, ya que éste únicamente desde las primeras diligencias de investigación se enfoca a lograr la sanción penal descuidándose la reparación civil a favor del agraviado, por tanto, durante todo el proceso de investigación y juicio oral el fiscal deberá de reunir los elementos de convicción necesarios y pertinentes a efectos de lograr una reparación civil proporcional, racional y justa acorde con la pena impuesta al condenado por el delito de violación sexual de menor de edad; para ello, el fiscal deberá aplicar supletoriamente el código adjetivo civil concordante con las normas procesales penales vigentes en lo que respecta a la acción civil, a efectos de presentar una demanda civil adjuntando todos los medios probatorios pertinentes y útiles, dicha regla será de obligatorio cumplimiento también por parte del agraviado en cuanto se constituya en actor civil.

Finalmente, la indemnización de daños y perjuicios, ante la falta de una amplia regulación en el código penal, debe ser determinada de acuerdo a las normas del Código Civil y comprenderá, dependiendo del caso concreto, el resarcimiento por todos los daños causados, tanto patrimoniales como extra-patrimoniales. Esta afirmación fluye del análisis del texto penal citado, pues, al no distinguir ni limitar algunos de los daños a ser indemnizados, se entiende que abarca todos los reconocidos por el Derecho Civil. Es decir, la indemnización de daños y perjuicios como parte de la reparación civil derivada del hecho punible, puede cubrir el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

2.2.2.8. Requisitos para constituirse en actor civil

El perjudicado que acciona para pretender indemnización resarcitoria además de sus datos generales, detallar circunstancialmente el relato del hecho delictivo e individualizar al imputado, debe exponer las razones que justifican su pretensión, así como deberá probar documentalmente su derecho (NCPD artículo 100). Quiere decir, especificará el *quantum* indemnizatorio que solicita se ampare, la misma que consiste en individualizar el tipo, alcance de los daños y el monto reparatorio.



Dicha regulación normativa habría superado el problema de los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en el proceso penal, que son menores y no guardan relación ni proporción con el hecho delictivo sancionado penalmente en el procesal penal (Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116). Sin embargo, en la práctica sigue siendo un problema la fijación del monto de la reparación civil, más aún, en los delitos de violación sexual de menores de edad, al determinarse montos irrisorios totalmente desproporcionales e injusta a la sanción penal amparada por el órgano jurisdiccional, siendo percibido por el agraviado como un acto de injusticia.

2.2.2.9. Elementos de la reparación civil

Para absolver este ítem, se recurrió al jurista peruano Taboada Córdova citado por Reymer Urquieta, Patricia Edith (2017), en cuyo trabajo de tesis titulado: *“Pautas jurídicas para determinar el monto resarcitorio por reparación civil en los delitos de indemnidad sexual, Arequipa 2016”*, cuyo extracto es el siguiente:

- a) El hecho ilícito.- Para que pueda existir responsabilidad penal y responsabilidad civil, se requiere de una conducta humana que contravenga el orden jurídico. Es decir, se necesita de un hecho antijurídico. En el ámbito del Derecho civil se diferencia entre antijuridicidad típica y atípica. Cualquiera de ellas puede dar lugar a un supuesto de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, tratándose de una conducta antijurídica que, además de causar un daño efectivo, constituye delito, siempre se tratará de un caso de antijuridicidad típica. Empero, debe tenerse muy claro que, no por ello, sólo los delitos pueden calificarse como supuestos de responsabilidad extracontractual, derivados de una antijuridicidad típica, sino también existen estos casos en el Derecho civil.
- b) Daño causado.- Se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión”.
- c) La relación de causalidad.- Una vez determinada la existencia de un daño jurídicamente indemnizable, no puede aún atribuirse responsabilidad civil alguna, pues aún se requiere de un vínculo causal entre la conducta del autor y el daño causado. La relación de causalidad puede definirse como “el nexo o vínculo existente entre la acción y el resultado, en virtud del cual el resultado adquiere la calidad de efecto de la acción, a la vez que la acción adquiere la calidad de causa del resultado,



estableciéndose entre ambos una relación de causa a efecto” (Gálvez Villegas citado por Reymer Urquieta, 2017).

- d) Factores de atribución.- “Los factores de atribución pueden ser de dos tipos: Por un lado, están los factores de atribución de carácter subjetivo que responden a situaciones internas del causante del daño: la culpa y el dolo civil. Por otro lado, se encuentran los factores de atribución de naturaleza objetiva que van desde la sola adecuación de la acción para causar el daño hasta criterios de distribución eficiente del riesgo. Un ordenamiento jurídico no tiene que optar necesariamente por uno de estos tipos de factores de atribución, sino que puede decidir operativamente su aplicación en función de los ámbitos en los que se produce el daño civilmente reparable. Así lo ha hecho precisamente el Código Civil Peruano.

Conforme al artículo 1969 del CC, la responsabilidad civil extracontractual requiere la concurrencia de criterios objetivos de imputación junto con los subjetivos (dolo o culpa).

El dolo civil consiste en la conciencia y voluntad de producir el daño. La culpa existe cuando se omite la diligencia debida o el cuidado ordinario exigido por la actividad que se realiza y por las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Esta culpa admite graduaciones en leve, lata, grave e inexcusable.

El que la regla general en la responsabilidad civil extracontractual sea exigir un factor subjetivo de atribución, no excluye que, en determinados ámbitos con mayores exigencias de estandarización, el factor de atribución sea solamente objetivo. Por ejemplo, si el daño se produce por un bien o una actividad riesgosa, el deber de reparar es objetivo (artículo 1970 del CC). (Lpderecho, 2019).”

2.2.2.10. Contenido de la reparación civil

Al respecto el Dr. Gálvez Villegas (2016), nos dice que la pretensión resarcitoria debe contener o peticionar la reparación de todos los daños resarcibles, sean estos directos o indirectos, presente o futuros, materiales o morales o cualquier otro tipo de daño; y para el citado autor, de lo estipulado en el artículo 93 del NCPP doctrinariamente los clasifica en pretensión restitutoria, indemnizatoria y anulatoria. Situación se pasamos a exponer brevemente.

- a. Pretensión restitutoria, conocida también como el resarcimiento in natura o restitución que está orientado a reponer la cosa al estado en que se encontraba antes del hecho dañoso; dicho en otras palabras, constituye el restablecimiento de



la situación originaria. Este supuesto reparatorio encuentra su sustento legal en el inciso 1 del artículo 93 del código penal concordante con el inciso 2 del artículo 11 del NCPP. Quizás su aplicación mayoritaria es para los delitos de libre disponibilidad como los delitos contra el patrimonio.

- b. Pretensión indemnizatoria, también entendida como la reparación dineraria, está orientado a crear una situación económicamente equivalente a la que comprometió el daño producido. En palabras de Mazeaud citado por Gálvez Villegas “Consiste en hacer que ingrese al patrimonio de la víctima un valor igual a aquel del que ha sido privada. No se trata ya de borrar el perjuicio sino de compensarlo”. Este supuesto reparatorio encuentra su sustento legal en el inciso 2 del artículo 93 del código penal. En esta modalidad de reparación civil es factible para todo tipo de delito, y en el delito de violación sexual de menor de edad objeto de estudio en la presente, cabe este tipo de reparación civil, ya que únicamente se impondría una reparación económica a favor de la agraviada que al menos pretenda compensar el daño y los perjuicios sufridos y las consecuencias presente y futuras (a partir del hecho delictivo hasta el resto de vida que le queda a la víctima) que la conducta delictiva de violación sexual haya generado en el agente pasivo del delito.
- c. Pretensión anulatoria, esta modalidad resarcitoria se configura cuando el agente del delito se deshizo del bien mueble o inmueble objeto de delito, ello con la finalidad de aprovechar su valor, para buscar impunidad o para evadir el pago de la reparación civil, en este caso el representante del Ministerio Público o el actor civil, tienen la potestad de solicitar al órgano jurisdiccional la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan; esta afirmación tiene sustento legal en el inciso 2 del artículo 11 concordante con el artículo 15 del NCPP.

2.2.2.11. Principios que rigen para determinar la reparación civil

La indemnización se rige por los principios del daño causado, principio de congruencia y principio dispositivo, por lo que abordaremos brevemente cada uno de estos principios para comprender dichas instituciones:

- Principio del daño causado, el daño es entendido como toda ofensa, lesión, menoscabo o disminución ocasionados a una personas, viene a ser las consecuencias y aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido (Juan Espinoza citado por Reátegui, 2014); sin lugar a dudas el daño



causado es el aspecto fundamental, pues solamente cuando se ha causado un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil, bien se trate del ámbito contractual o extracontractual, ya que en caso contrario no existirá ningún sustento para el nacimiento de la obligación legal de indemnizar.

Además, consiste en garantizar el oportuno derecho indemnizatorio de la víctima y no debe fijarse en forma genérica, sino que es necesario individualizarla y determinarla en forma prudencial y proporcional a la entidad del daño causado, por tanto, la reparación civil debe determinarse en función de los efectos producidos por el injusto penal, esto es, valorando todos los daños y consecuencias negativas del delito (R.N. N° 4104-2010-Lima).

- Principio de congruencia, quiere decir, debe guardar estrecha relación entre el daño causado a la víctima y el quantum de la indemnización, asimismo, deberá guardar relación directa entre la sanción penal; porque no es congruente que se imponga una sanción penal ejemplar mientras que por otro lado se fije una reparación civil ínfima e injusta.
- Principio dispositivo, significa lo que se encuentra regulado en las normas jurídicos penales, procesal penal y norma civile y procesal civil de aplicación supletoria en el proceso penal, con fines de determinar y/o fijar la reparación civil de manera correcta y debidamente motivada. Asimismo, debe agregarse que este principio abarca lo que establece la doctrina jurisprudencial y doctrinal mayoritaria y aceptada en nuestro país, frente a la reparación civil efectiva.

2.2.2.12. Criterios para determinar correctamente la reparación civil

Al respecto Gálvez (2016) recurriendo a la doctrina y jurisprudencia comparada los criterios para evaluar el daño moral o cómo debe determinarse su quantum se debe tomar en cuenta las siguientes pautas:

- La gravedad del delito, que es más intensa cuando mayor es la participación del responsable en la comisión del hecho delictivo.
- La intensidad del sufrimiento en el ánimo, que significa tener presente la duración del dolor, la edad y el sexo del lesionado.
- La sensibilidad de la persona ofendida, teniendo en cuenta el nivel intelectual y moral de la víctima.



- Las condiciones económicas y sociales de las partes deben ser superadas porque contrastan con el sentimiento humano y con el principio de igualdad.

Por su parte la jurisprudencia nacional recaído en la R.N. N° 2777-2012-Huancavelica concordante con la R.N. N° 1304-2005, además de proporcionarnos la definición de la reparación civil, nos proporciona criterios para la determinación de la reparación civil, al afirmar que *“La reparación civil implica el resarcimiento por los daños y la indemnización de perjuicios causados y está en función de las consecuencias directas y necesarias que el delito ha generado a la parte agraviada. Siendo así, el monto de la reparación civil deberá ser razonable y prudente, en la perspectiva cierta de cubrir los fines reparadores de dicha institución”*. En consecuencias, la citada jurisprudencia nos indica que el monto de la reparación civil no se fija en virtud a lo que percibe el sentenciado – su capacidad de pago-, sino esencialmente, a la naturaleza del daño causado.

Ahora bien, nuestra legislación penal vigente, en su artículo 92 nos dice que *“La reparación civil se determina conjuntamente con la pena.”* Y comprende *“La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, La indemnización de los daños y perjuicios.”* (artículo 93 del código penal); asimismo, mediante el artículo 101 de la citada norma, nos deriva a la norma civil, en su aplicación supletoria, para determinar la reparación civil. Por tanto, según el artículo 1985 del código civil vigente, *“La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.”* Asimismo, el citado artículo regula los intereses legales que también deben ser tomados en cuenta al momento de fijar la reparación civil a favor de la agraviada, la misma que se contabilizará desde la fecha en que se produjo el daño.

Por tanto, en aplicación del principio de legalidad el daño civil exige cuatro criterios para su determinación:

- a) Consecuencias que deriven del hecho dañoso. – No es sino lo que se conoce en derecho civil como daño emergente, consistente en el empobrecimiento latente que sufre la persona, son las pérdidas producidas por la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; en otras palabras, es el perjuicio concreto sufrido en la persona y/o sus bienes (Reátegui, 2014).



- b) Lucro cesante. – En palabras de Reátegui, viene a ser la ganancia frustrada que una persona padece debido al incumplimiento de la obligación; quiere decir, aquello que ha dejado de percibir como consecuencia del daño sufrido.
- c) Daño a la persona. - Conocida también como el daño al proyecto de vida de la persona
- d) Daño moral. - El jurista peruano Juan Espinoza Espinoza citado por Gálvez nos dice que, en el caso de los daños extrapatrimoniales o morales, por su propia naturaleza eminentemente subjetiva, resulta difícil el resarcimiento, precisamente porque objetivamente no se cuenta con un patrón de determinación de los mismos; y aun cuando pudieran determinarse, no existe un bien o valor capaz de repararlos. Sin embargo, el citado autor refiere que sería una maldad que este tipo de daño dejen de resarcirse, muy a pesar de que racionalmente se puede inferir que se han producido, aun cuando no pudiera establecerse con precisión su magnitud del daño. Pero se entiende por daño moral a la lesión de los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción.

En ese sentido, cuando se establezca el importe que corresponde en concepto de reparación civil -ya sea en una sentencia condenatoria o absolutoria-, debe indicarse la entidad del daño civil (patrimonial o extrapatrimonial) y la magnitud (grado de afectación causado al perjudicado).

En el caso de los daños ocasionados a la agraviada en el delito de violación sexual, más allá de los daños morales que significa para la agraviada el deterioro de su salud física y mental, deben tenerse en cuenta los gastos de su tratamiento, desde el momento de los hechos hasta la entera recuperación de la víctima. Asimismo, debe tenerse en cuenta la entidad y magnitud de los daños que, en el futuro, a lo largo de toda su vida, sobrellevará la agraviada, en los mismos que deben apreciarse los gastos de su tratamiento perenne en el ámbito psicológico fundamentalmente (Exp. N° 410-2002-Lima).

Estos criterios nos permiten no sólo reconocer un tipo especial de daño, sino establecer una efectiva reparación civil, al menos satisfactoria a favor del agraviado, lo cual, los jueces deben tomar en cuenta a fin de efectuar una debida motivación de las resoluciones judiciales respecto a la reparación civil a favor del agraviado.



2.2.3. El delito de violación sexual de menor de edad

2.2.3.1. A modo de introducción

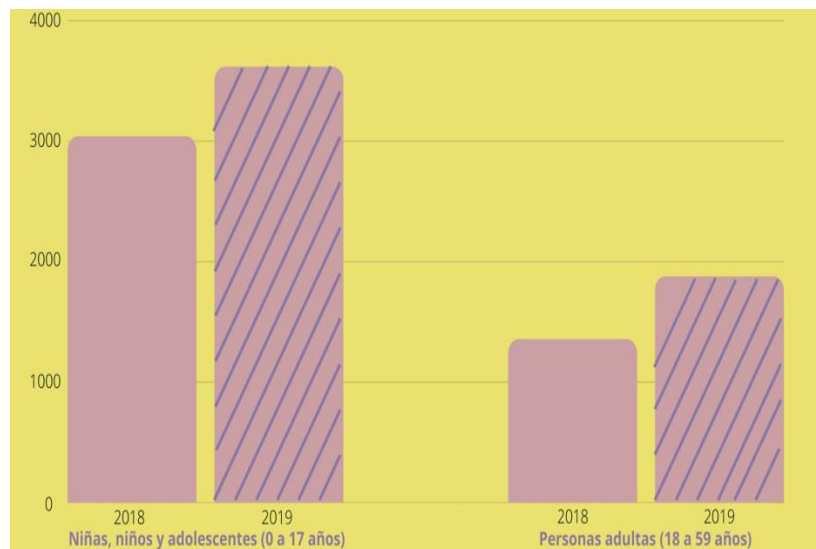
Los delitos sexuales, conjuntamente con los delitos contra el patrimonio (sobre el hurto y el robo agravado) y la micro y macro-comercialización ilícita de drogas, sean quizá los delitos donde mayor índice de criminalidad se encuentra en los centros penitenciarios de nuestro país, y esto llama aun la atención, porque si revisamos las últimas reformas legales donde se amplían las conductas típicas a límites absurdos y obviamente agravando las sanciones penales en el código penal, específicamente en los delitos sexuales (llegando incluso hasta los 35 años y la exclusión de beneficios penitenciarios al condenado en algunos casos), estas modificaciones han sido sobre todo en el delito sexual, por lo menos, un promedio de 10 modificaciones legales a la fecha (desde la primera que sucedió, en el año 1994, hasta la última, en el año 2008) al rubro de delitos contra la libertad sexual, aunado a ello que existe a la fecha un promedio de 4 acuerdos plenarios emitidos por la Corte Suprema de la República, referidos todos ellos a problemas específicos que suscita el delito de libertad sexual e indemnidad sexual; con lo cual se percibe que es una prioridad del Estado peruano-a través del Poder Judicial cuando le ha tocado conocer casos concretos –proteger y cautelar los constantes abusos de contenido sexual, sobre todo, los cometidos a menores de edad (Reategui Sánchez, 2014, pág. 151).

Ahora bien, en lo que respecta a nuestro estudio, nos enfocaremos a la descripción del delito de violación sexual de menor de edad o indemnidad sexual, sin embargo, a efectos de hacer alguna distinción, precisaremos algunos conceptos básicos, profundizando más en el delito de violación sexual de menor de edad.

2.2.3.2. Cifras del delito de violación sexual en todo el país

En el periodo de enero a setiembre del 2019, se registró un total de 8,608 casos de violencia sexual contra menores de edad y 3,908 contra adultos (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2020).

Gráfico N° 01: El delito de violación sexual de menor de edad



Fuente: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2020).

Si vemos solo las cifras de violaciones sexuales, podemos ver que de setiembre del 2018 a setiembre del 2019 el número de denuncias por violación sexual a niñas, niños y adolescentes aumentó en 577. Es decir, ha habido 577 casos más este año comparado con el anterior. En el caso de denuncias por violación sexual a personas adultas menores de 60 años, los casos aumentaron en 521 en el mismo periodo de tiempo (Mimp, 2020).

Gráfico N° 02: Las cifras de violación sexual según departamentos

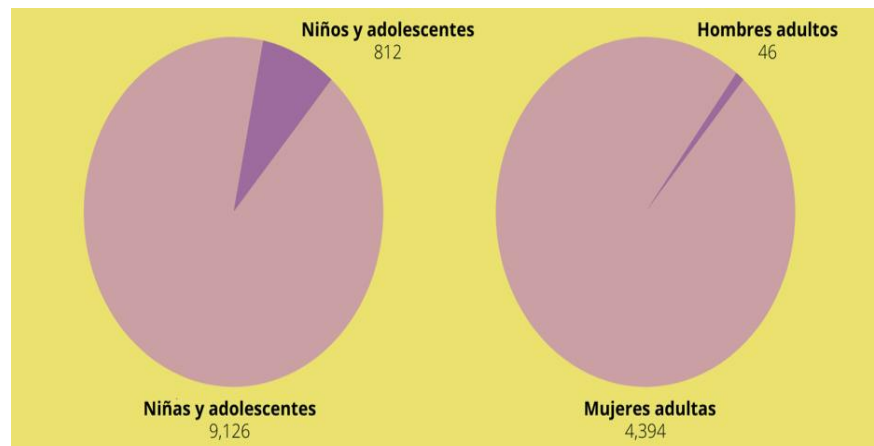


Fuente: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2020).

Hasta setiembre del 2019, los departamentos que tuvieron más casos de violación sexual en niñas, niños y adolescentes fueron Lima (891 casos), Arequipa (283), Junín (248), La

Libertad (223) y Cusco (186). En el caso de violación sexual en personas adultas, en el mismo periodo de tiempo, los cinco departamentos con mayor número de casos fueron Lima (666 casos), Arequipa (140), La Libertad (111), Junín (100) y Cusco (98). Los departamentos con mayor incidencia de casos de violación sexual se repiten en ambos grupos etarios (Mimp, 2020).

Gráfico N° 03: Víctimas de violación sexual por sexo y edades (enero – octubre 2019)



Fuente: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2020).

Es cierto que la violencia sexual no afecta solo a mujeres; sin embargo, sí son las principales afectadas. Según las cifras del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), hasta octubre del 2019 se registraron 13,520 casos de mujeres afectadas por violencia sexual atendidas en los Centro de Emergencia Mujer. 9,126 de las mujeres afectadas eran niñas y adolescentes entre los 0 y 17 años de edad mientras que el 4,394 restante eran mujeres adultas hasta los 59 años. En ese mismo periodo, se registraron 858 casos de hombres afectados por violencia sexual. En este caso, 812 fueron niños y adolescentes, y 46 contra hombres adultos (Mimp, 2020).

Como podemos ver, el número de hombres afectados por violencia sexual representa solo el 5.97% del total de casos atendidos por los CEM y las mujeres representan el 94.03%. Por ende, la violencia sexual sí es un problema que afecta principalmente a las mujeres. No obstante, dentro de las mujeres, el grupo etario más afectado son las niñas y adolescentes menores de 18 años. Como hemos podido ver en este informe, el número de niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual duplica el número de mujeres adultas víctimas (Mimp, 2020).

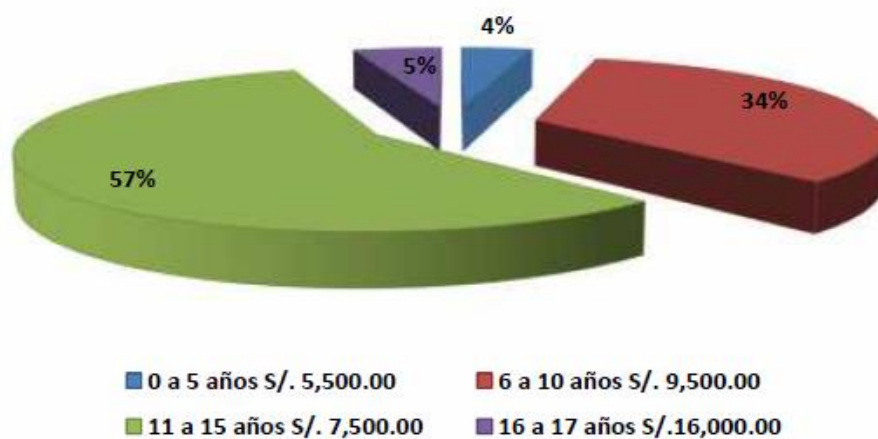


Cuadro 3: Monto de la reparación civil por rango de edad de la víctima

Monto por rango	Subtotal	%
0 a 5 años S/. 5,500.00	2	4
6 a 10 años S/. 9,500.00	19	34
11 a 15 años S/. 7,500.00	32	57
16 a 17 años S/.16,000.00	3	5
Total	56	100

La investigadora Reymer Urquieta (2017) antes referenciada, en su investigación titulado: *“Pautas jurídicas para determinar el monto resarcitorio por reparación civil en los delitos de indemnidad sexual, Arequipa 2016”*, de 56 casos analizados por delitos de indemnidad sexual de menores tramitados en los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de la Ciudad de Arequipa, en el periodo comprendido entre los años 2014 al 2015, obtuvo los resultados citados.

Gráfico 4: Monto de la reparación civil por rango de edad de la víctima



Fuente: Reymer Urquieta (2017).

2.2.3.3. Concepto

Para Peña Cabrera Freyre (2008), La libertad sexual es entendida en su doble aspecto como libre disposición del propio cuerpo sin más limitaciones que el respecto como libre disposición el cuerpo sin más limitaciones que el respecto a la libertad ajena y como



facultad de repeler las agresiones sexuales de otro. En ese marco, la libertad sexual será vulnerada cuando una persona trate de imponer a otra un acto de contenido sexual en contra de su voluntad empleando violencia física (vis absoluta) o psicología (vis compulsiva).

La regulación legal en su tipo base del delito de violación sexual la encontramos en el artículo 170 del código penal, y García Cantizando citado por Salinas Siccha (2016) sostiene que el concepto de libertad sexual se identifica con la capacidad de autodeterminación de la persona en el ámbito de sus relaciones sexuales. De ahí que la idea de la autodeterminación, en cuanto materialización plena de la más amplia “libertad”, viene limitada por dos requisitos fundamentales: en primer lugar, por el pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de una relación sexual, lo que evidentemente implica que este ha de contar con la capacidad mental suficiente para llegar a tener dicho conocimiento y en segundo lugar, por la manifestación voluntaria y libre del consentimiento para participar en tal clase de relaciones, lo que implica que el sujeto pueda adoptar su decisión de manera libre. La doctrina jurisprudencial de la corte suprema tiene claro estos conceptos. Como muestra de ello cabe citar la ejecutoria suprema del 27 de enero del 2010, en la cual se argumenta que la libertad sexual es entendida como: “La manifestación de la libertad personal, que se orienta a propugnar que la actividad sexual de las personas se pueda desarrollar dentro de un ambiente de libertad, sin violencia en ninguna de sus formas, empero, reservado para los seres humanos que han alcanzado una madurez psíquico biológica, mas no para quienes no han alcanzado una edad cronológica determinada”.

Pese a que el tipo penal (violación sexual de menor de edad tipificado en el artículo 173 del código penal), ha sido modificado en reiteradas oportunidades, y se hayan establecido penas cada vez mayores para supuestamente disuadir a sus autores, el referido delito no ha dejado de consumarse. Esta lamentable realidad ha dado lugar a que éste ilícito criminal sea siempre objeto de estudio en la doctrina de la ciencia penal, la cual se venido actualizando constantemente debido a la evolución sociológica de la humanidad. (Zavaleta Barrera, 2017)

Por ello, en el caso de los menores o incapaces de modo alguno puede alegarse que se les protege su libertad o autodeterminación sexual en los delitos sexuales, pues por definición aquellos carecen de tal facultad. De ahí que, para estos casos. Se considere que el bien jurídico protegido vendría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad



sexuales, los cuales proceden en principios de la doctrina Italiana y fueron recogidos en la doctrina española a finales de los años setenta y principios de los ochenta, el interés que se pretende proteger es la indemnidad o intangibilidad sexual entendida como seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas para de ser posible en el futuro ejercer su libertad sexual. (Salinas Siccha, 2016)

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

Por su parte Zavaleta (2017), nos refiere que el delito de violación sexual de menor de edad también es entendido como el *acceso carnal sexual prohibido*, el cual debe ser entendido como la realización del ámbito libidinoso no permitido por la ley. Ya que -continúa el citado autor- los menores no gozan del derecho a la libertad sexual, sino del derecho a la indemnidad sexual. Y se convierte en uno de los derechos fundamentales de las personas que consiste el salvaguardar el normal y libre desarrollo (desenvolvimiento) de la personalidad del menor en el ámbito de su sexualidad protegiendo así su estado físico y psíquico.

Por su parte Castillo Alva citado por Zavaleta nos dice que “La indemnidad sexual es una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todos, como seres humanos, tenemos a un libre desarrollo de la personalidad sin intervenciones traumáticas en la esfera íntima, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda su vida. La ley penal protege al menor tanto de la injerencia abusiva de terceros en el ámbito de su sexualidad como de aquellos que se aprovechan de él para mantener relaciones sexuales valiéndose de vínculos familiares, de custodia o de dependencia.”

Por su parte, la jurisprudencia nos dice: “La indemnidad sexual tiene que ver con la protección de los menores de edad: la prohibición del ejercicio de su sexualidad se debe a que se presume que esto puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro” (R.N. N° 415-2015-Lima Norte, f. 15).



En cuanto a los menores de edad, el acceso carnal les acarrea *prima facie* un daño porque perturba su normal desarrollo sexual; aun si no existiera violencia o amenaza, el solo acceso carnal ya es considerado un daño. Esto no sucede en los mayores de edad, puesto que un acceso carnal de por si no representa un daño, esto es relativo, puesto que será un daño en la medida que sea realizado doblegando mediante amenaza o violencia la libertad del sujeto (Arbulú Martínez, 2018).

2.2.3.4. Bien jurídico protegido

Mediante la modificatoria del artículo 173 del código penal a través de la Ley 30076, se debe concluir que el bien jurídico protegido del delito de acceso carnal sexual sobre un menor es solo la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años de edad (Salinas Siccha, 2016). El citado autor, agrega -en primer término, la indemnidad sexual se le entiende como la protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes todavía no han alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea.

Por su parte Muñoz Conde citado por (Salinas 2016), refiere que, en el caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro.

La Corte Suprema mediante su Ejecutoria del 13 de diciembre del 2007, ha expuesto lo siguiente “(...) mas no para quienes no han alcanzado una edad cronológica determinada; es por ello que, de manera más concreta, se ha incorporado en la doctrina el concepto de indemnidad o intangibilidad sexual como bien jurídico que tutela el derecho penal para proteger la libertad sexual futura de los individuos, esto es, para las personas que todavía no tienen madures psicológicas como son menores de edad.”

En resumen, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha establecido lo siguiente: “En los delitos de agresión sexual, el bien jurídico tutelado es la indemnidad o intangibilidad sexual, cuando el sujeto pasivo carece de las condiciones para decidir sobre su libertad en tal ámbito, siendo así nuestro ordenamiento jurídico bajo el criterio de interpretación sistemático protege a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda efectuar el desarrollo que su responsabilidad y producir alteraciones importantes que indican en su vida o equilibrio y producir alteraciones importantes que indican en su vida



equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción iuris in de iure de la ausencia del consentimiento valido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual esto es la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinarse; toda vez que, es la expresión de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, vinculada de manera directa con el respeto de la dignidad de la persona humana”.

2.2.3.5. Tipicidad objetiva

Este delito se encuentra regulado en el artículo 173 del código penal modificado por la ley 30838 de fecha cuatro de agosto del 2018, que a la letra dice: *“El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con la pena de cadena perpetua”*.

El delito más grave previsto dentro del rubro “delitos contra la libertad sexual” en nuestro Código Penal lo constituye el ilícito penal denominado acceso carnal sexual sobre un menor. Este hecho punible se configura cuando el agente tiene acceso carnal sexual por la cavidad vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal, con una persona menor de catorce años de edad cronológica. En otros términos, “la conducta típica se concreta en la práctica del acceso o acto sexual o análogo con un menor, ello incluye el acto vaginal, anal o bucal realizado por el autor, o por el menor a favor del autor o de un tercero”. De igual forma, comprende también la introducción de objetivos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal de la víctima menor. (Salinas Siccha, 2016)

Asimismo, la Sala Penal Permanente citado por Salinas Siccha, en la ejecutoria suprema del 9 de septiembre del 2004, argumentó que “el supuesto consentimiento prestado por la víctima resulta irrelevante por cuando la figura de violación presunta no admite el consentimiento como acto exculpatorio ni para los efectos de la reducción de la pena dado que en todos estos siempre se tendrán dichos actos como violación sexual, pues lo que protege es la indemnidad sexual de los menores”.

Arbulú Martínez (2018) nos explica que “Lo intangible es lo intocable, y sin o con libertad sexual se tiene que todas las personas son intocables. En el caso de los menores, estos no tienen capacidad para disponer; en consecuencia, el consentimiento de ellos para tener



relaciones sexuales no es reconocido. En tanto a los que tienen libertad sexual son también intangibles o intocables respecto de su integridad sexual, esto debe verse así mientras que no den su consentimiento.”. para el citado autor, “La indemnidad es aquel derecho que tiene una persona para que no se le cause un daño o perjuicio. Sin embargo, para fines de distinción asumimos que son los menores de edad quienes tienen derecho a la tutela penal de este bien jurídico. Por otro lado, se advierte que a los menores de edad un acceso carnal les acarrea *prima facie* un daño porque perturba su desarrollo sexual. Aun si no existiera violencia o amenaza, el solo acceso carnal ya es considerado un daño. (...)”.

2.2.3.6. Sujeto activo y sujeto pasivo

En principio el sujeto activo puede ser cualquier persona sin distinción de género (sea varón o mujer), el tipo penal no exige la concurrencia de alguna cualidad o calidad especial, salvo para agravar la conducta. También víctima o sujeto pasivo de los supuestos delictivos previstos en el artículo 173 del código penal pueden ser tanto el varón como la mujer, con la única condición trascendente de tener una edad cronológica menor de catorce años. (Salinas Siccha, 2016)

2.2.3.7. Tipicidad subjetiva

Para la configuración del delito, éste tiene que ser con dolo, es decir, con voluntad y conocimiento; para Salinas Siccha, por la naturaleza del delito es posible que se configure el dolo en el delito en sus tres clases: dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual.

2.2.3.8. Antijuridicidad y culpabilidad

La misma naturaleza del delito de acceso sexual sobre un menor hace imposible que, en la realidad práctica, se presenten casos donde funcione de manera positiva alguna causa justificante cuando la víctima tenga una edad menor a 14 años. Por otro lado, el citado autor, respecto a la culpabilidad, dice, acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de acceso sexual sobre un menor no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrará al análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de acceso carnal sexual sobre un menor, conocía la antijuridicidad de esta, es decir, se verificará si sabía que dicho acto estaba prohibido por ser contrario al derecho. (Salinas Siccha, 2016)



2.2.3.9. La prueba en el delito de violación sexual de menores de edad

Para Ramos Méndez citado por Rioja (2017), probar es verificar, confirmar, demostrar, etc. Es este un concepto suficiente acotado desde un dato tuitivo. Y Devis Echandia citado por Rioja nos dice “Suele hablarse con mayor frecuencia, de que es prueba judicial todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, con lo cual se incluyen los hechos, objetos, y también actividades como la inspección judicial, el dictamen de peritos, la declaración de un tercero, la confesión, esto es, la totalidad de los medios que pueden servir de conducta para que se llegue al juez el conocimiento de la cuestión debatida o plateada sin litigio en cada proceso”.

En tal sentido, haremos una descripción sucinta de los medios probatorios típicos en el delito de violación sexual de menores de edad, tales como: i) la declaración de la víctima, ii) el reconocimiento médico legal, iii) la entrevista en Cámara Gesell, iv) el protocolo de pericia psicológica y, v) la pericia biológica de ADN.

- a. *La declaración de la víctima.*- Como es sabido en la mayoría de los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad se cometen de manera clandestina, abusando de su incapacidad de resistencia o fuerza para repeler la agresión sexual, por tal motivo, en un alto porcentaje no existe medio probatorio adicional que la propia versión de la víctima; por tanto, el principal medio para incriminar penalmente es la declaración de la víctima. Sin embargo, dicha declaración debe estar ajustado bajo los criterios de valoración de la declaración del menor conforme lo estipula el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, tales como: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación. Lógicamente, estos criterios permiten valorar adecuadamente la versión de la agraviada y así evitar se condene a personas cuya presunción de inocencia no haya sido desvirtuada (Tapia, 2017).
- b. *El reconocimiento médico legal.*- Es el examen médico que se le practica al agraviado (a) a finde determinar su integridad sexual o física (Álvarez, 2016). Al respecto el artículo 199.2 del NCPP refiere “en caso de agresión sexual, el examen médico será practicado exclusivamente por el médico encargado del servicio con la asistencia, si fuera necesario de un profesional auxiliar. Solo se permitirá la presencia de otras personas previo consentimiento de la persona examinada”. Al respecto Vargas Alvarado citado por Tapia (2017), refiere algo muy importante sobre los objetivos de la pericia médico legal que viene a ser: “(...) a) el diagnóstico



- de la violación, b) el diagnóstico de la manera en que fue realizado el hecho delictivo y c) el diagnóstico de vinculación del agresor.” Y para el cumplimiento de dichos objetivos -continúa la citada autora- debe realizarse el examen de la agraviada o del agraviado, el examen del agresor y el examen de la escena del delito.
- c. *La entrevista en Cámara Gesell.*- Es una diligencia llevada a cabo por un psicólogo, en la cual esta indaga la ocurrencia de los hechos mediante la utilización de técnicas psicológicas, realizando un examen directo de la víctima en un ambiente aparentemente privado, pero que tiene otro ambiente contiguo en el cual se hallan las partes interesadas, quienes pueden observar el desarrollo de la entrevista y formular preguntas o solicitar aclaraciones en determinado sentido luego de la entrevista inicial (Álvarez, 2016). Para Tapia (2017) la cámara Gessell es la mejor forma de obtener un testimonio fidedigno posible de la menor víctima del abuso sexual y de resguardar en la medida de lo posible su salud mental, evitando su victimización secundaria y terciaria.
- d. *El protocolo de pericia psicológica.*- Es el examen psicológico forense que lo realiza un profesional experto en el área psicológico quien aplica técnicas psicológicas y exámenes especiales a la víctima o al imputado, cuyo resultado se plasma en un documento con la denominación de pericia psicológica, su importancia radica para determinar -en el caso de la víctima- si presenta afectación psicológica compatible con los hechos materia de investigación (con el delito de violación sexual de menor) o si se encuentra influenciada (alienación parental o acomodación), y, -en el caso del imputado- establecer determinados rasgos psicológicos del imputado que conllevan a presumir razonablemente su autoría o inocencia (Álvarez, 2016).

De la Cruz Espejo citado por Tapia (2017), nos precisa los supuestos para la realización de la pericia psicológica: i) para descartar psicopatologías de la personalidad; ii) para el diagnóstico o desempeño de los roles de parentesco (padre, madre o sustitutos de tutela, régimen de visitas, peligro moral o abandono); iii) cuando el especialista médico o psiquiatra requiere apoyo en las pruebas de inteligencia y personalidad; y, iv) en aquellos casos de delitos contra la libertad sexual, sobre todo cuando la agraviada es menor de edad, con el fin de determinar los daños como consecuencia del delito del que ha sido víctima.

Ahora bien, la pericia psicológica comprende dos ámbitos: i) la presencia del algún desajuste emocional y de traumas que el testigo víctima ha podido sufrir como



consecuencia del ataque de que fue objeto, en suma, de su estado de salud psicológicas; y, ii) la apreciación psicológica del testimonio en cuanto la víctima es un testigo presencial del delito, a fin de ayudar al tribunal a valorar adecuadamente la información que aquella proporciona: interesa que el testimonio sea verdadero y no únicamente sincero subjetivamente (Tapia, 2017).

Lógicamente este medio probatorio proveniente de una rama auxiliar de la administración de justicia, es de suma importancia, porque permite valorar la magnitud del daño moral y de la personalidad de la menor agraviada y así obtener una reparación civil que al menos pretenda resarcir las consecuencias del delito de violación sexual; y, en el caso del imputado, permite determinar si este tiene algún trastorno psicológico o tiende habitualmente a cometer el delito de violación sexual (examen psicosexual del imputado), y, con dichos parámetros evaluar al momento de determinar correctamente la pena concreta a imponerse y la indemnización económica por el daño causado a la agraviada.

- e. *La pericia biológica de ADN.*- Esta pericia de suma importancia en el esclarecimiento en un hecho delictivo de violación sexual de menor de edad, ha tomado gran relevancia por la contundencia de su resultado, es decir, el ADN es el código genético único que tiene cada ser humano y que se halla presente en todas nuestras cédulas; su objetivo es determinar si se encuentran restos biológicos de ADN en la víctima o sus prendas que sean compatibles con el perfil biológico de ADN del imputado; de manera que en algunos casos en los que la víctima ha quedado embarazada, la pericia es realizada para determinar la filiación del nacido con el presunto autor de los hechos (Álvarez, 2016).

2.2.3.9. La prueba en el delito de violación sexual de menores de edad

Principales consecuencias a corto plazo

En ese orden de ideas, Acuña Navas (2014), en su trabajo de investigación titulado “*Abuso sexual en menores de edad: generalidades, consecuencias y prevención*”, nos describe las principales consecuencias a corto plazo en las víctimas de violación sexual en menores de edad, que a continuación se transcribe:

“El abuso sexual en ocasiones se acompaña de otros tipos de violencia simultáneamente, por lo que, aunque infrecuente, no es del todo extraño observar lesiones físicas, como por ejemplo hematomas, quemaduras o fracturas. Seldes et al observaron que de 39 niños



abusados sexualmente, 51% presentaron lesiones vaginales, 20,5% manifestaciones cutáneas, 7,6% lesiones anales, 7,6% osteoarticulares, 2,5% bucales y en un 10,8% no se encontraron lesiones aparentes. (...)

En la mujeres también es posible encontrar lesiones no penetrantes que involucran el pubis, clítoris y los labios, donde se puede encontrar equimosis, hematomas, abrasiones, laceraciones lineales y en ocasiones mordeduras. Las lesiones por penetración van desde laceraciones vaginales superficiales hasta profundas con riesgo de shock hipovolémico. Aunque la víctima haya experimentado penetración vaginal, puede que apenas un 16% de las mujeres presenten cambios en el himen, por lo que la ausencia de hallazgos en dicha estructura no descarta abuso sexual. (...).

Además de las lesiones ya discutidas, también están las problemáticas de embarazo y la adquisición de enfermedades de transmisión sexual (ETS), si bien estas últimas también pueden contemplarse como secuelas a largo plazo, se discuten aquí puesto que algunas se manifiestan cercano al hecho. Estas entidades deben analizarse con cautela, ya que la adquisición de una ETS en un menor puede ser debido a abuso sexual, pero también a causas perinatales, relaciones sexuales consensuales, o aún más raro, por autoinoculación o fómites”.

En resumidas palabras, las consecuencias a corto plazo del delito de violación sexual en víctimas menores de edad, nos lo proporciona los investigadores E. Echeburúa y P. de Corral. (2006), en el siguiente cuadro 04.

Cuadro N° 04: Consecuencias a corto plazo del delito de violación sexual en menores



Tipos de efectos	Síntomas	Período evolutivo
Físicos	<ul style="list-style-type: none"> - Problemas de sueño (pesadillas) - Cambios en los hábitos de comida - Pérdida del control de esfínteres 	<p>infancia y adolescencia infancia y adolescencia infancia</p>
Conductuales	<ul style="list-style-type: none"> - Consumo de drogas o alcohol - Huidas del hogar - Conductas autolesivas o suicidas - Hiperactividad - Bajo rendimiento académico 	<p>adolescencia adolescencia adolescencia infancia infancia y adolescencia</p>
Emocionales	<ul style="list-style-type: none"> - Miedo generalizado - Hostilidad y agresividad - Culpa y vergüenza - Depresión - Ansiedad - Baja autoestima y sentimientos de estigmatización - Rechazo del propio cuerpo - Desconfianza y rencor hacia los adultos - Trastorno de estrés postraumático 	<p>infancia infancia y adolescencia infancia y adolescencia infancia y adolescencia infancia y adolescencia infancia y adolescencia infancia y adolescencia infancia y adolescencia infancia y adolescencia</p>
Sexuales	<ul style="list-style-type: none"> - Conocimiento sexual precoz o inapropiado para su edad - Masturbación compulsiva - Excesiva curiosidad sexual - Conductas exhibicionistas - Problemas de identidad sexual 	<p>infancia y adolescencia infancia y adolescencia infancia y adolescencia infancia adolescencia</p>
Sociales	<ul style="list-style-type: none"> - Déficit en habilidades sociales - Retraimiento social - Conductas antisociales 	<p>infancia infancia y adolescencia adolescencia</p>

Fuente: E. Echeburúa y P. de Corral. (2006).

Principales consecuencias a largo plazo

Para tal efecto debemos de recurrir a Acuña Navas (2014), quien nos describe las principales consecuencias a largo plazo en las víctimas de violación sexual en menores de edad, que a continuación se transcribe:

“Como problema social derivado del abuso sexual en menores se ha observado una predisposición para alcoholismo, tabaquismo, uso de drogas de abuso, prostitución, delincuencia, fuga del hogar, fracaso y deserción escolar, desempleo, embarazo adolescente o no deseado, conflictos familiares, dificultad para establecer relaciones interpersonales y mayores tasas de divorcio y separación. En un estudio llevado a cabo por Zierler y colegas, obtuvieron que aquellos sobrevivientes de abuso sexual tenían una predisposición 4 veces mayor de laborar como trabajador del sexo en algún momento de su vida, en comparación con aquellos que no fueron abusados.



Dentro de los problemas de salud física; se ha observado, por ejemplo, que dichas personas suelen tener dolor inhabilitante a repetición. También se documenta la asociación con entidades como síncope crónico, patología psicosomática, dolores crónicos, síndrome de hiperventilación crónico, trastorno convulsivo refractario, patología coronaria, neoplasias, obesidad, enfermedades reumatológicas, úlceras gástricas, patología pulmonar y neurológica. La patología gastrointestinal funcional, la fibromialgia, el dolor pélvico crónico, convulsiones psicógenas y el dolor crónico no especificado son manifestaciones físicas de trastornos de somatización que con frecuencia presentan las víctimas de abuso sexual.

En el ámbito sexual, se ha demostrado que los adultos que fueron abusados de niños, tienen una mayor predisposición para la hipersexualidad, con patrones de masturbación más frecuentes, de inicio más temprano y/o compulsivos, mayor número de compañeros sexuales a lo largo de su vida, conducta sexual riesgosa o menor uso de métodos anticonceptivos; lo que se atribuye a una interrupción en el proceso de maduración sexual. Se debe tener presente que el observar conductas sexuales en los niños no siempre es indicativo de abuso sexual; si bien se deberá descartar siempre esta posibilidad, se debe tener en cuenta lo usual o normal de acuerdo a la edad del niño.

También pueden tener un eroticismo elevado o problemas sexuales que van desde adquisición de enfermedades de transmisión sexual hasta patología genitourinaria más frecuente o disfunción sexual. (...). Dentro de las manifestaciones de disfunción sexual están la dispareunia, anorgasmia o dificultad para alcanzar el orgasmo, insatisfacción sexual, dificultad para excitarse sexualmente, vaginismo, disfunción eréctil o trastornos de la eyaculación. Algunas de estas consecuencias podrían derivarse de ansiedad anticipatoria, expectativas negativas ante los encuentros sexuales o alteraciones en la percepción del sexo y de su propia sexualidad.

En cuanto a la prevalencia de enfermedades de transmisión sexual, lo que respecta al VIH-SIDA es que se ha observado una prevalencia 2 veces mayor en aquellos que alguna vez fueron abusados de niños en comparación con los que no lo fueron; esto se podría deber también a la asociación que existe con un aumento en el abuso de drogas o en conductas sexuales riesgosas descritas en esta población. En general, aquellas personas que fueron víctimas de abuso sexual están más predispuestas para adquirir algún tipo de



enfermedad de transmisión sexual a lo largo de su vida, lo que va de la mano con conductas sexuales riesgosas.

Las víctimas de abuso sexual suelen, lastimosamente, volver a ser perjudicados por otros tipos de violencia, o bien de abuso sexual, a lo largo de su vida. Luo y colegas determinaron por ejemplo que aquellas mujeres que habían sufrido abuso sexual en su infancia, fueron golpeadas por su compañero sexual en algún momento de su vida, experimentaron algún tipo de acto sexual no deseado o fueron víctimas de hostigamiento sexual físico y verbal con mayor frecuencia.

Una de las consecuencias que es preocupante por su potencial influencia en los índices de prevalencia de abuso sexual, es el hecho de que las mismas víctimas de dicha agresión pueden convertirse en perpetradores en un futuro; el experimentar diversas formas de violencia se considera por sí solo un factor de riesgo. Por ejemplo, se ha estimado que el 71% de perpetradores masculinos, fueron ellos mismos abusados de pequeños¹. Por este motivo, es de vital importancia tratar las secuelas de los niños víctimas de abuso sexual y así contribuir con un tipo de prevención primaria del que poco se habla”. En resumidas palabras, las consecuencias a largo plazo del delito de violación sexual en víctimas menores de edad, nos lo proporciona los investigadores E. Echeburúa y P. de Corral. (2006), en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 05: Consecuencias a largo plazo del delito de violación sexual en menores



Tipos de secuelas	Síntomas
Físicas	<ul style="list-style-type: none"> - Dolores crónicos generales - Hipocondria y trastornos de somatización - Alteraciones del sueño (pesadillas) - Problemas gastrointestinales - Desórdenes alimenticios, especialmente bulimia
Conductuales	<ul style="list-style-type: none"> - Intentos de suicidio - Consumo de drogas y/o alcohol - Trastorno disociativo de identidad (personalidad múltiple)
Emocionales	<ul style="list-style-type: none"> - Depresión - Ansiedad - Baja autoestima - Estrés postraumático - Trastornos de personalidad - Desconfianza y miedo de los hombres - Dificultad para expresar o recibir sentimientos de ternura y de intimidad
Sexuales	<ul style="list-style-type: none"> - Fobias o aversiones sexuales - Falta de satisfacción sexual - Alteraciones en la motivación sexual - Trastornos de la activación sexual y del orgasmo - Creencia de ser valorada por los demás únicamente por el sexo
Sociales	<ul style="list-style-type: none"> - Problemas en las relaciones interpersonales - Aislamiento - Dificultades en la educación de los hijos

Fuente: E. Echeburúa y P. de Corral. (2006).

2.2.4. Motivación de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores

En un Estado constitucional de Derecho, la aplicación de la ley penal no puede imponerse de forma arbitraria o antojadiza, sino que, antes bien, para que esta sea respetada como válida y justa es necesario que previamente se haya comprobado la verdad de la hipótesis acusatoria, única posibilidad que permite desvirtuar la presunción de inocencia y, por ende, emitir una sentencia condenatoria (Villegas, 2016). Si bien el Juez es soberano y goza de independencia y autonomía en la resolución de los casos que conozca, empero, dicha facultad debe ejercerse en modo de la sana crítica, máxima de la experiencia, los conocimientos científicos y las normas de la lógica; y, toda decisión judicial final que se resume en la sentencia, ésta debe ser debidamente sustentada en el aspecto fáctico, jurídico, racional y proporcional a los efectos del delito y los daños que ésta haya podido ocasionar en la víctima.

Como se dijo líneas precedentes, la motivación significa “que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los lleven a tomar una determinada decisión. De tal modo que los ciudadanos sepan por qué se resuelve de determinado modo y no de otro; a la vez, ello resulta indispensable para que los justiciables puedan cuestionar las decisiones a través del ejercicio del derecho de defensa.



Esas razones de justificación deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.” (Exp. N° 00728-2008-PHC/TC).

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales se encuentra regulado en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política que literalmente dice: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.” En consecuencia, Castillo Alva citado por Gálvez (2016) la motivación de la reparación civil tiene que ser admitida, procesada y resuelta cumpliendo las exigencias del derecho a la motivación. Así se debe justificar la clase de daño sobre la cual recae la indemnización o sobre el fundamento por el cual se impone una determinada suma y no otro monto, cómo se ha determinado el tipo de daño y su magnitud o quantum indemnizatorio; así como también por qué se amparan determinados componentes resarcitorios y no otros y la forma como se ha acreditado su existencia.

Los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal se encuentran directamente relacionados con los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución en su parte dogmática, ya que dichos bienes jurídicos encuentran legitimidad de su existencia en los derechos fundamentales de las personas (Hormazábal citado por Álvarez, 2016). El citado autor afirma “El delito de violación sexual de menor de edad, tipificado en el art. 173 del CP, es una evidente muestra de lo antes señalado. La Constitución Política consagra como uno de los derechos fundamentales de la persona el respeto irrestricto a su integridad física, estableciendo asimismo que la protección de los niños y adolescentes son fines primordiales del Estado.”

Ahora bien, la motivación de la reparación civil en el delito de violación sexual en menores de edad, reviste una particular importancia, ya que no se trata de una pretensión restitutoria enfocado a volver al estado original de las cosas (porque el hecho mismo no es posible retrotraer al estado anterior), tampoco es una pretensión anulatoria enfocado a lograr la nulidad de los actos jurídicos posteriores al hecho delictivo, sino que, viene a ser una pretensión indemnizatoria de los daños físicos y morales que pudo haber sufrido la víctima de violación sexual, en el caso de los daños morales que por no apreciarse objetivamente se requiere de una explicación exhaustiva a fin de justificar su existencia y acreditación.



Abundantemente se ha estudiado que el ejercicio de la sexualidad con los menores de edad se prohíbe por las graves consecuencias a corto y largo plazo de en las víctimas, así la Resolución casatoria 41-2012-Moquegua, nos lo reafirma, en la medida en que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro; en la misma línea, en el Recurso de Nulidad 1437-2014-Ayacucho, precisa que la afectación a la indemnidad sexual de la víctima menos de catorce años, puede causar graves daños, físico y psicológicos que, finalmente, alterarán el libre desarrollo de la víctima e impedirán concretar un adecuado plan de vida. Claro está, que las conclusiones al que arriba la justicia es sustentada en los conocimientos científicos y especialista en psicología forense y médico legista, quienes muy detalladamente nos mencionaron las consecuencias negativas de violación sexual en las víctimas menores de edad.

Por tal razón, el señor juez debe estar a la altura para resolver un caso tan delicado como lo es el delito de violación sexual de menores de edad, ya que, por su naturaleza compleja en probar la comisión del delito y al culpable, es menester estar atento a la función probatoria tanto del Representante del Ministerio Público, así como de la parte agraviada y/o actor civil (en caso se constituya en la etapa correspondiente), porque de dichos sujetos procesales dependerá básicamente el resultado de la pretensión penal (sanción penal) y la pretensión civil (reparación civil). Así el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116, refiere que “La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: a) por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; b) por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; c) la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal; d) por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial; e) por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza; f) por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental”.

En el delito de violación sexual de menor de edad inferior a los catorce años, para motivar correctamente la pretensión civil, el juez penal necesariamente debe conocer la materia civil, básicamente aquellas normas de aplicación supletoria respecto a la reparación civil



por daño a la persona, daño moral y demás perjuicios, en ese sentido, debe aplicar entre otros artículos el art. 1332 del código civil, que dice: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”. Esta norma civil (y demás pertinentes), le otorga al juez la facultad discrecional y sano juicio para fijar el monto resarcitorio en el delito de violación sexual de menor de edad, y así evitar impunidad (básicamente sobre la pretensión civil ya que generalmente se impone una sanción penal ejemplar); en consecuencia, los jueces deben tener en cuenta el daño físico, psicológico y moral de la víctima menor objeto de vejación de su indemnidad sexual, pero dicha evaluación no solo debe hacer en el ámbito de su presente sino también de su futuro, pues los daños psicológicos a tratar son potenciales, tales como el estrés postraumático, depresión severa con alcances de actos suicidas, ansiedad maniaca, entre otras (Zavaleta, 2017).

Especialistas en materia psicológica han arribado a la conclusión que las víctimas de violación muestran un alto grado de estrés psicológico, que alcanza su máximo, generalmente, a las tres semanas, sin embargo, muchas víctimas sufren efecto a largo plazo, tales como depresión mayor, ansiedad generalizada y dependencia a las drogas y al alcohol (Worchel y otros citado por Zavaleta, 2017). Además, el citado autor nos dice cuando un menor de edad haya sufrido abuso sexual tiende a ser violenta y constituye un importante factor de riesgo para el desarrollo de una gran diversidad de trastornos psicopatológicos en la edad adulta (Klotz Flitter), por su parte Johnson también citado por Zavaleta, precisa en cuanto a violación de menores de edad, existe la probabilidad cuatro veces mayor de desarrollar trastornos de personalidad en estas víctimas que en población general. Además, entre otras consecuencias se tiene el estrés postraumático, el cual puede configurarse a largo plazo en un estado mental de psicopatía con un efecto rebote, de ahí que el violado se convierte en violador, si no se le es tratado al paciente con un buen psiquiatra.

Además de los criterios o pautas establecidos en los artículos 92 y 93 inciso 2 del código penal concordante con los artículos 1322 y 1985 del código civil, así como lo establecido en la jurisprudencia citada, somos de la opinión de Zavaleta (2017) al afirmar que la determinación de la reparación civil debe apreciarse sobre el cálculo de un valor aproximado con respecto al tratamiento psiquiátrico y psicoterapéutico del agraviado o agraviada, en el cual debe incluirse la compra de medicamentos por el tratamiento farmacológico que de todas maneras recibirá la menor, así como el cálculo del valor



aproximado en el tratamiento físico en cuento a lesiones genitales, paragenitales, extragenitales o cualquier otra lesión producida al momento de la comisión del delito, para lo cual se deberá contar con una pericia realizada por las entidades de salud, no pudiendo ser la reparación civil la pobre cantidad que se fija por el daño causado a la víctima del delito de violación sexual de menor.

Por otro lado, existe el problema de que la menor tiene que llevar en su vientre un ser fruto de la violación sexual, que lógicamente, se concreta en puridad el daño a la persona (proyecto de vida) no sólo de la víctima sino también de los familiares y seres queridos de la víctima, daño moral (aspecto subjetivo de la persona); en consecuencia, se deberá practicar la pericia biológica de ADN para determinar la responsabilidad del inculpado, así como la paternidad del ser vivo. En esta línea, la Casación 292-2014-Áncash nos dice: “El análisis de ADN del semen encontrado en la vagina de la víctima demuestra que el semen es del acusado (o que no lo es). En este supuesto cabe decir que la prueba de ADN hace prueba plena (o excluye, según sea el caso) la culpabilidad del acusado. Asimismo, en este mismo delito, cuando la prueba de ADN evidencie la paternidad del menor engendrado producto de la violación”.

Finalmente, ya la Corte Suprema en el caso R.NN ° 300-2004-San Martín concordante con el caso R.N. N° 1940-2004, dio razones lógicas y congruentes de la existencia del daño moral como consecuencia de la violación sexual a menor de edad sancionado en el artículo 173 inciso tercero del código penal, así nos dice: “(...) *por su naturaleza que la única forma de responsabilidad civil admitida en dicho delito es la indemnización por los eventuales daños ocasionados a la indicada menor. Que, en tal sentido, si bien no existen parámetros objetivos para cuantificar los perjuicios morales -los únicos ocasionados a la agraviada, conclusión a la que se arriba de la revisión de las pruebas y diligencias actuadas-; sin embargo, la existencia del daño 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 (...)*”.

La Corte Suprema concluye que el daño sufrido por la menor a consecuencia de la violación sexual se puede palpar de la lectura del protocolo de pericia psicológica debidamente ratificada por la menor tanto en la investigación preliminar como en juicio oral, consecuentemente, se evidencia en su narración coherente un resentimiento por la situación que debió afrontar, por dicha razón, la Corte Suprema consideró justificada la



elevación del monto por concepto de reparación civil a favor de la agraviada, en aplicación supletoria del artículo 1984 del código civil concordante con el artículo 101 del código penal vigente.

De tal manera, cuando el juez penal motiva debidamente sus resoluciones, no sólo cumple con su deber constitucional de hacerlo, sino que, además, realiza la labor judicial, le otorga credibilidad y legitimidad en la población que tanta sed de justicia espera de sus operadores.

2.2.5. Factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil

Conforme se ha esbozado líneas precedentes, los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad, básicamente son: la debilidad legal y/o vacíos legales respecto a las facultades del agraviado, ya que, la normatividad vigente en materia de la acción civil es insuficiente desamparando a la parte agraviada en el proceso penal; asimismo, está la falta de capacitación a los jueces penales en materia civil ya que al igual que los fiscales todo el trájin del proceso se da en el tribunal de carácter penal, olvidándose de esa manera, la cuestión resarcitoria y pocas veces atendidas con la fijación de ínfimos montos; finalmente, está falta de una activa participación probatoria del agraviado y/o fiscal con respecto a la pretensión resarcitoria, en el caso del agraviado, debido al mal asesoramiento del abogado, y, en el caso del fiscal (cuando asume la pretensión civil) sólo se enfoca a comprobar el hecho delictivo de la violación sexual e identificar al responsable del delito para su ejemplar sanción.

2.3. Definiciones de términos

- **Debida motivación judicial.** - El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso (Exp. N° 1480-2006-AA/TC).
- **Reparación civil.** - La reparación civil viene a ser el resarcimiento del bien o indemnización, aun cuando esta sea totalmente exigua, por quien ocasionó una daño -traducible en delito- que afectó los Derechos e intereses legítimos de la víctima (Del Rio citado por Reátegui, 2014).



- **Delito de violación sexual de menor.** – Es el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años de edad.

2.4 Formulación de hipótesis

2.4.1 Hipótesis general

Existen factores jurídicos de carácter procesal penal de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil de las sentencias condenatorias en el delito de violación sexual de menores de edad, tipificado en el artículo 173 del código penal peruano.

2.4.2 Hipótesis específicas

1° La debilidad legal si constituye un factor de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menor de edad, ya que, la normatividad vigente en materia de la acción civil es insuficiente desamparando a la parte agraviada en el proceso penal.

2° La falta de capacitación de los jueces penales en materia civil si constituye un factor en la determinación del monto de la reparación civil y consecuentemente se da una insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menor de edad, ya que, el juez por disposición del artículo 92 del código penal, acude a su prudente arbitrio y como tercero imparcial, no es un sujeto procesal activo en el resultado final del proceso.

3° La falta de una activa participación probatoria del agraviado si influye en la determinación del monto de la reparación civil en el delito de violación sexual de menor de edad, ya que el agraviado es parte en el proceso penal y tiene el derecho de aportar los medios probatorios que viere por conveniente para justificar y lograr que se ampare su pretensión resarcitoria.

2.4.3 Variables e indicadores (Definición operacional)



Variables	Indicadores
Motivación de las resoluciones judiciales	<ul style="list-style-type: none">- Conceptualización- Naturaleza jurídica- Requisitos- Importancia- Función- Contenido esencial- Afectación al contenido esencial
Reparación civil	<ul style="list-style-type: none">- Conceptualización- Naturaleza jurídica- Titularidad de la acción civil- El agraviado- Problemática de la reparación civil- Requisitos para constituirse en actor civil- Contenido de la reparación- Principios para determinar la reparación civil- Criterios para determinar la reparación civil
Violación sexual de menor de edad	<ul style="list-style-type: none">- Concepto- Tipicidad objetiva- Tipicidad subjetiva- Sujeto pasivo y sujeto activo- Antijuridicidad y culpabilidad



CAPÍTULO III

DISEÑO METODOLÓGICO

3.1 Diseño

3.1.1 Tipo de investigación

Nuestra investigación es de tipo *aplicativa*, también llamada práctica, empírica, activa o dinámica, y se encuentra íntimamente ligada a la investigación básica, ya que depende de sus descubrimientos y aportes teóricos para poder generar beneficios y bienestar a la sociedad (Valderrama Mendoza, 2013); y el tipo de investigación jurídica es dogmática explicativa, porque realizamos un estudio doctrinario de las variables debida motivación de las resoluciones judicial, reparación civil, delito de violación sexual de menor de edad, pretendiendo dar claro está, una explicación a los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad, tipificado en el artículo 173 del código penal peruano.

3.1.2 Nivel de investigación

Hernández, Fernández y Baptista (2014) nos da unas precisiones respecto al nivel o alcances como dichos autores pretenden llamarlos, ya que, más que ser una clasificación, constituyen un continuo de causalidad que puede tener un estudio. Por su parte (Valderrama Mendoza, 2013) indica que el nivel de una investigación se refiere al grado de conocimiento que posee el investigador en relación con el problema, hecho o fenómeno a estudiar.

El nivel o alcance de investigación considerado en la presente fue el *explicativo*, ya que, están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y



en qué condiciones se manifiesta o por qué se relacionan dos o más variables (Hernández, Fernández y Baptista, 2014). Por tanto, nuestro estudio se centró en encontrar explicaciones y/o razones de los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad.

3.1.3 Enfoque de investigación

El enfoque de investigación abordado es *cualitativo*, ya que el propósito es examinar la forma en que los individuos perciben y experimentan los fenómenos que los rodean, profundizando en sus puntos de vista, interpretaciones y significados (Punch et al citado por Hernández, Fernández y Baptista, 2014); para los citados autores, el enfoque cualitativo se guía por áreas o temas significativos de investigación debida motivación de las resoluciones judicial, reparación civil, delito de violación sexual de menor de edad.

En lo que concierne a nuestro trabajo investigativo, es debido a que, nos propusimos como objetivo principal estudiar los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad; y, para ello, tuvimos que recurrir a la perspectiva literaria de las variables debida motivación de las resoluciones judicial, reparación civil, delito de violación sexual de menor de edad.

3.2 Población y muestra

En palabras de Hernández, Fernández y Baptista (2014), en la investigación de enfoque cualitativo, respecto a la población y muestra, “Realmente no se pretende generalizar los resultados obtenidos en la muestra a una población”. Sólo, continúan los citados autores, “Se involucran a unos cuantos casos porque no se pretende necesariamente generalizar los resultados del estudio, sino analizarlos intensivamente.” En consecuencia, en nuestra investigación por el enfoque, nivel y tipo de investigación, la población de nuestra investigación lo constituyen los casos resueltos en casación de la Corte Suprema procedentes de la Corte Superior de Justicia de Cusco, por el delito de violación sexual de menor de edad y su relación explicativa con la fijación de la reparación civil a favor de la agraviada, la misma que, en la práctica es desproporcional e injusta con relación a la sanción penal, eje central de la presente investigación.

En consecuencia, se analizaron cinco sentencias de la Corte Suprema en vías de Casación y Recursos de Nulidad por el delito de violación sexual de menores de edad provenientes de la Corte Superior de Justicia de Cusco; asimismo, de forma complementaria, se aplicó un encuesta a un número de 52 encuestados conformados por abogados, fiscales y jueces,



para saber su apreciación sobre los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad tipificado en el artículo 173 del código penal vigente.

3.3 Diseño muestral

Creswell entre otros autores citados por Hernández, Fernández y Baptista (2014), nos dicen que las muestras orientadas a la investigación de enfoque cualitativa son las no probabilísticas, y entre otras se tiene las muestras teóricas o conceptuales, y se da cuando el investigador necesita entender un concepto o teoría, puede muestrear casos que le sirven para este fin. Es decir, se eligen las unidades porque poseen uno o varios atributos que contribuyen a formular la teoría.

En nuestro caso, seleccionamos cinco casos con sentencia condenatoria en el delito de violación sexual de menor de edad y su relación explicativa del por qué se fijan la reparación civil en desproporción e injusticia frente a la sanción penal, que, por lo general, es ejemplar.



CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1 Resultados

Se analizaron cinco sentencias entre casatorias y de recursos de nulidad ante la Corte Suprema, casos que fueron elevados de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Cusco, sobre el delito de violación sexual de menores de edad; donde nos enfocamos principalmente en el monto de reparación civil que se fijaron en la mayoría de las sentencias, las mismas que son sumas completamente desproporcionales a la sanción penal impuesta.

4.1.1. Casos examinados

Casa N° 01

a. Datos generales:

Sentencia casatoria N°	77-2012-Cusco
Poder Judicial	Corte Suprema de la República
Delito	Violación sexual de menor de edad
Imputado	Luis Auccapuri Pari
Agraviado	L.F.A.T

b. Hechos:

El denunciado Luis Auccapuri Pari interpuso recurso de casación bajo la causal de la inobservancia del derecho al debido proceso, vulneración del derecho de defensa y de la prueba, contra la sentencia de vista de fecha 26 de enero del 2012 que confirmó la sentencia de primera instancia, que condenó a treinta y cinco años de pena privativa de



libertad al citado encausado como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, subtipo violación sexual de menor de edad si la víctima tiene entre diez y menos de catorce años de edad agravado por el vínculo familiar, en agravio de la menor L.F.A.T., y ***fijó la suma de S/ 5,000.00 Soles por concepto de reparación civil.***

c. Decisión:

La Corte Suprema declaró ***infundado*** el recurso de casación por inobservancia del derecho al debido proceso, manifestado en el derecho de defensa y derecho a la prueba. Por tanto, el sentenciado debía de cumplir su condena de treinta y cinco años y debía de cumplir con ***pagar la suma de S/ 5,000.00 Soles por concepto de reparación civil*** a favor de la agraviada, además de cumplir con su tratamiento terapéutico el sentenciado para su efectiva resocialización. Además, ordenaron que el sentenciado pague costas del recurso de casación.

Casa N° 02

a. Datos generales:

Sentencia casatoria N°	309-2012-Cusco
Poder Judicial	Corte Suprema de la República
Delito	Violación sexual de menor de edad
Imputado	Jhon Choquepuma Quiñones
Agraviado	S.S.Q.

b. Hechos:

El recurso de casación por vulneración del debido proceso relativo a la transgresión a la necesidad de prueba suficiente y por indebida aplicación del artículo ciento setenta y tres, inciso tercero, del Código Penal, interpuesto por la defensa del encausado Jhon Choquepuma Quiñones contra la sentencia del veintitrés de mayo de dos mil doce, que lo condenó a treinta años de pena privativa de libertad y la imposición de ***S/ 3,000.00 Soles por concepto de reparación civil*** a favor de la agraviada S.S.Q.

c. Decisión:

Declararon **por mayoría: I. INFUNDADO** el recurso de casación por vulneración del debido proceso relativo a la transgresión de la necesidad de la prueba. **II. FUNDADO** el recurso de casación por indebida aplicación de la norma penal; en consecuencia,



CASARON la sentencia de vista del veintitrés de mayo de dos mil doce. **III.** Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia del veintidós de diciembre de dos mil once -fojas treinta y cinco-, en el extremo que condenó a Jhon Choquepuma Quiñones como autor del delito contra la libertad en la modalidad de violación de la libertad sexual, tipificado en el numeral tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, con la agravante contenida en el último párrafo del mismo dispositivo legal, en agravio de la menor de iniciales S.S.Q., a treinta años de pena privativa de la libertad; reformándola: **CONDENARON** a Jhon Choquepuma Quiñones como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual, tipificado en el segundo numeral, segundo párrafo, del artículo ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor antes referida, imponiéndole **Dieciocho Años** de pena privativa de libertad, que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el veintitrés de junio de dos mil once, vencerá el veintitrés de junio de dos mil veintinueve.

Respecto a la reparación civil la Corte Suprema no se pronuncia porque dicha suma no fue objeto de impugnación, por lo que **la suma de reparación civil** en el presente caso quedó conforme lo estableció la sentencia de vista por **el monto de S/ 3,000.00 Soles.**

Casa N° 03

a. Datos generales:

Recurso de Nulidad N°	1224-2017-Cusco
Poder Judicial	Corte Suprema de la República
Delito	Violación sexual de menor de edad
Imputado	Santiago Jesús Honorio Aguilar
Agraviado	N.D.V.H.

b. Hechos:

Mediante sentencia de vista expedido por los señores jueces de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco que condenó a Santiago Jesús Honorio Aguilar, por el delito de violación sexual, en perjuicio de la menor de iniciales N.D.V.H. y como tal le impusieron seis años de pena privativa de libertad y **fijaron la suma de dos mil soles por concepto de reparación civil** a favor de la agraviada.

c. Decisión:



Declararon haber nulidad bajo la causal de vulneración del debido proceso, presunción de inocencia y la debida motivación de las resoluciones judiciales, contra la sentencia de vista de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, y, reformándola, absolviéron de la acusación fiscal en contra de Santiago Jesús Honorio Aguilar, por el delito de violación sexual, en perjuicio de la menor de iniciales N.D.V.H, ordenaron su inmediata libertad del encausado.

Caso N° 04

a. Datos generales:

Sentencia casatoria N°	718-2014-Cusco
Poder Judicial	Corte Suprema de la República
Delito	Violación sexual de menor de edad
Imputado	Jhensen Kevin Zapana Florez
Agraviado	P.E.Ch.A.

b. Hechos:

El imputado interpuso recurso de casación en contra de la sentencia de vista de fecha treinta de setiembre del dos mil catorce, que confirmó la sentencia condenatoria de primera, imponiendo la pena de quince años de pena privativa de libertad como autor del delito de violación sexual de menor de edad.

c. Decisión:

Declararon inadmisibile el recurso de casación interpuesto por el imputado Jhensen Kevin Zapana Flórez, contra la sentencia de vista de fecha treinta de setiembre del dos mil catorce, que confirmó la sentencia condenatoria de primera, en la cual, condena a Jhensen Kevin Zapana Flórez, como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en agravio de P.E.Ch.A, imponiéndole la pena de quince años de pena privativa de libertad, y, *fijó como monto de reparación civil la suma de tres mil nuevos soles* a favor de la agraviada.

Caso N° 05



a. Datos generales:

Recurso de Nulidad N°	413-2015-Cusco
Poder Judicial	Corte Suprema de la República
Delito	Violación sexual agravado
Imputado	Víctor Quintanilla Gómez
Agraviado	Y.G.P.

b. Hechos:

El recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del encausado **Víctor Quintanilla Gómez**, contra la sentencia de vista de fecha diecinueve de mayo de dos mil quince; que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha cuatro de diciembre de dos mil catorce; que lo condenó como autor del delito contra la **Libertad Sexual-violación sexual agravado** [tipificado en el primer párrafo y el inciso 2, del segundo párrafo, del artículo 170, del Código Penal], en perjuicio de la menor identificada con las iniciales Y. G. P., y le impuso doce años de pena privativa de libertad, y *al pago de cinco mil nuevos soles, el monto que por concepto de reparación civil.*

c. Decisión:

INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del encausado Víctor Quintanilla Gómez, contra la sentencia de vista de fecha diecinueve de mayo de dos mil quince; que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha cuatro de diciembre de dos mil catorce; que lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual-violación sexual agravado [tipificado en el primer párrafo y el inciso 2, del segundo párrafo, del artículo 170, del Código Penal], en perjuicio de la menor identificada con las iniciales Y. G. P., por presunta expedición de sentencia con falta o manifiesta ilogicidad en la motivación.

4.1.2. Encuesta aplicada a jueces, fiscales y abogados en la especialidad del derecho penal

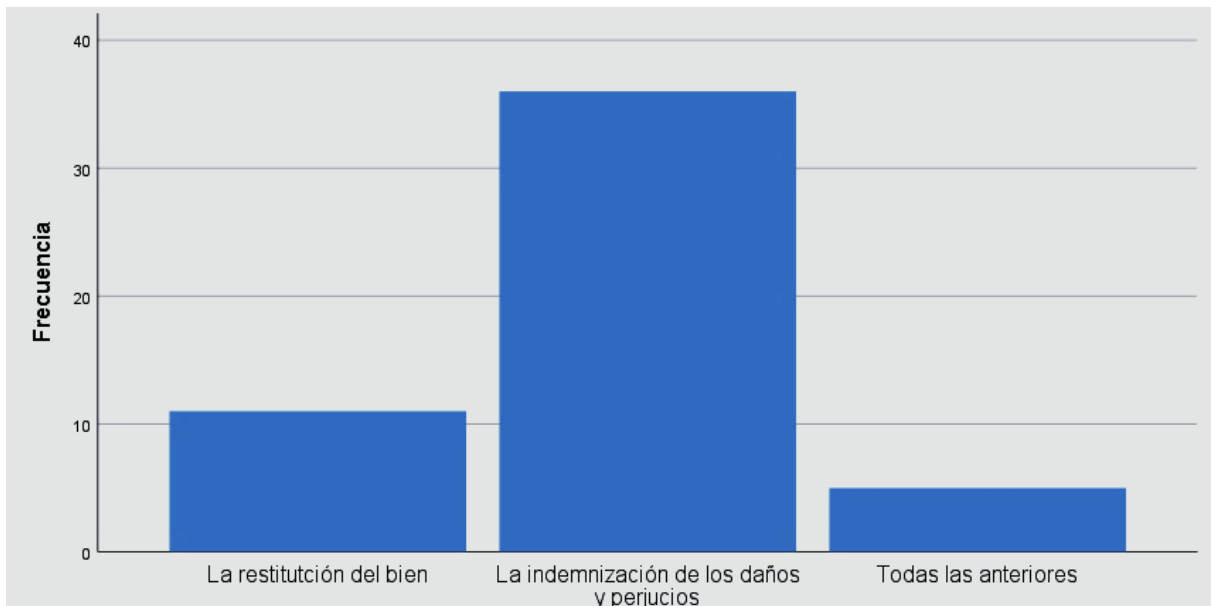
Respecto a las encuestas, se aplicaron a un total de 52 muestras de una población de expertos en materia de derecho penal en el Distrito Judicial del Cusco, conformado por Abogados, fiscales y jueces, a quienes se le formuló un solo tipo de cuestionario de once preguntas con alternativas por respuestas. Y, cuyo resultado es como sigue a continuación:



Cuadro 06: En el delito de violación sexual de menores de edad ¿Qué comprende la reparación civil?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido La restitución del bien	11	21,2	21,2	21,2
La indemnización de los daños y perjuicios	36	69,2	69,2	90,4
Todas las anteriores	5	9,6	9,6	100,0
Total	52	100,0	100,0	

Gráfico 05: En el delito de violación sexual de menores de edad ¿Qué comprende la reparación civil?



Fuente: Elaboración propia (2020)

Interpretación: Del 100% de encuestados, 36 de ellos que representa el 69.2% dijo que la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad, comprende la indemnización de los daños y perjuicios, mientras que 11 encuestados que representa el 21.2% manifestó que la restitución del bien comprende la reparación civil en el delito de

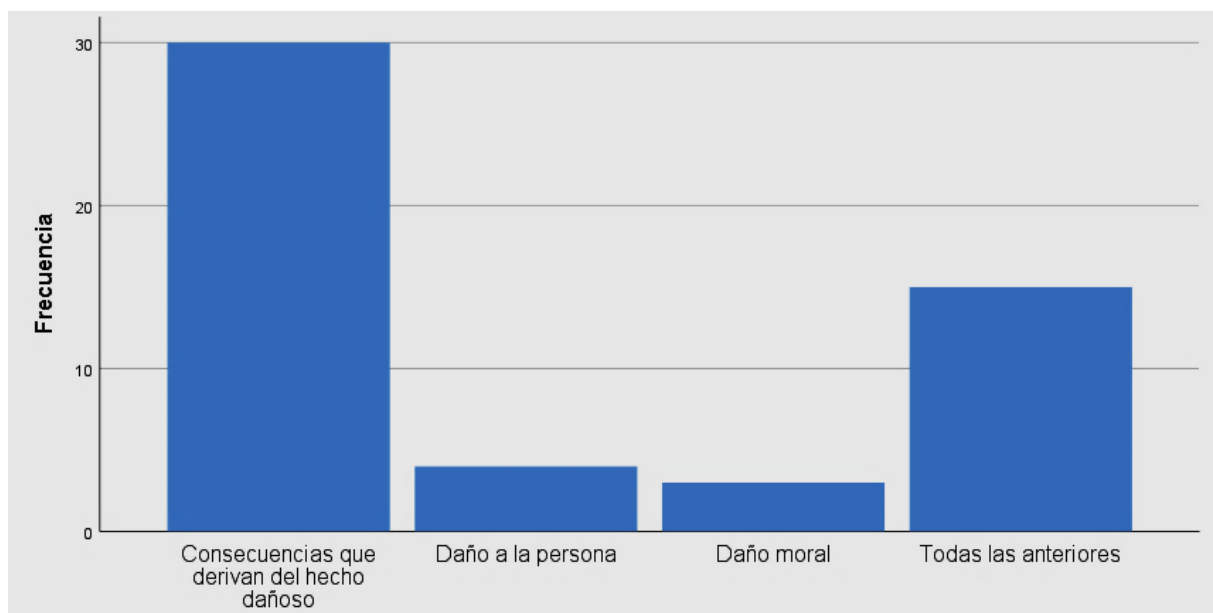


violación sexual de menores de edad; finalmente, 5 encuestados que son el 9.6% indicó estar de acuerdo con las respuestas anteriores de manera conjunta.

Cuadro 07: ¿Cuál considera Ud. que son los criterios para determinar la reparación civil (indemnización de daños y perjuicios) en el delito de violación sexual de menores de edad?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Consecuencias que derivan del hecho dañoso	30	57,7	57,7	57,7
Daño a la persona	4	7,7	7,7	65,4
Daño moral	3	5,8	5,8	71,2
Todas las anteriores	15	28,8	28,8	100,0
Total	52	100,0	100,0	

Gráfico 06: ¿Cuál considera Ud. que son los criterios para determinar la reparación civil (indemnización de daños y perjuicios) en el delito de violación sexual de menores de edad?



Fuente: Elaboración propia (2020)

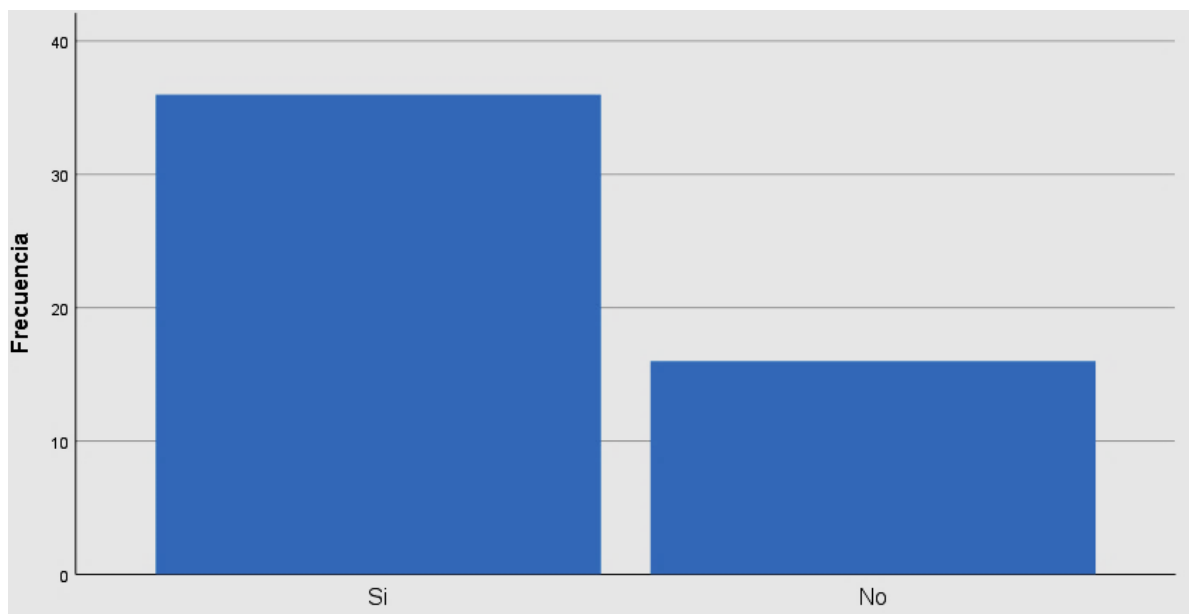


Interpretación: Del 100% de encuestados, 30 de ellos que representa el 57.7% considera a las consecuencias que derivan del hecho dañoso como el criterio para determinar la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad, mientras que 15 encuestados que representa el 28.8% manifestó que todas las respuestas anteriores (hecho dañoso, daño a la persona y daño moral) conforman los criterios para determinar la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad; finalmente, de manera conjunta 7 encuestados que son el 13.5% consideró el daño a la persona y daño moral los criterio para determinar la reparación civil en el delito materia de estudio.

Cuadro 08: ¿El juez penal cumple con su deber de la debida motivación de las sentencias condenatorias por el delito de violación sexual de menores de edad en el extremo de la reparación civil?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Si	36	69,2	69,2	69,2
No	16	30,8	30,8	100,0
Total	52	100,0	100,0	

Gráfico 07: ¿El juez penal cumple con su deber de la debida motivación de las sentencias condenatorias por el delito de violación sexual de menores de edad en el extremo de la reparación civil?





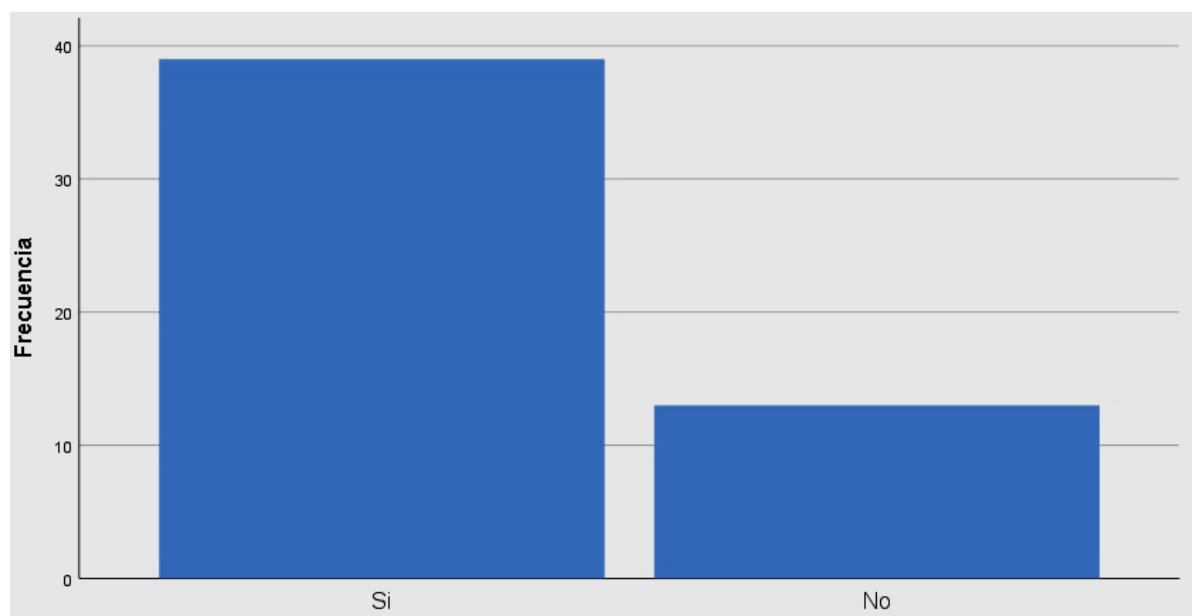
Fuente: Elaboración propia (2020)

Interpretación: Del 100% de encuestados, 36 de ellos que representa el 69.2% dice que el juez sí cumple con su deber de la debida motivación de las sentencias condenatorias por el delito de violación sexual de menores de edad, en el extremo de la reparación civil; por otro lado, 16 encuestados que son el 30.8% dijo que los jueces penales no cumplen con dicho deber constitucional.

Cuadro 09: ¿El juez penal respeta el contenido esencial del derecho a la debida motivación de las resoluciones, esto es, cumple con la fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y con la suficiente justificación de la decisión adoptada?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	39	75,0	75,0	75,0
	No	13	25,0	25,0	100,0
	Total	52	100,0	100,0	

Gráfico 08: ¿El juez penal respeta el contenido esencial del derecho a la debida motivación de las resoluciones, esto es, cumple con la fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y con la suficiente justificación de la decisión adoptada?





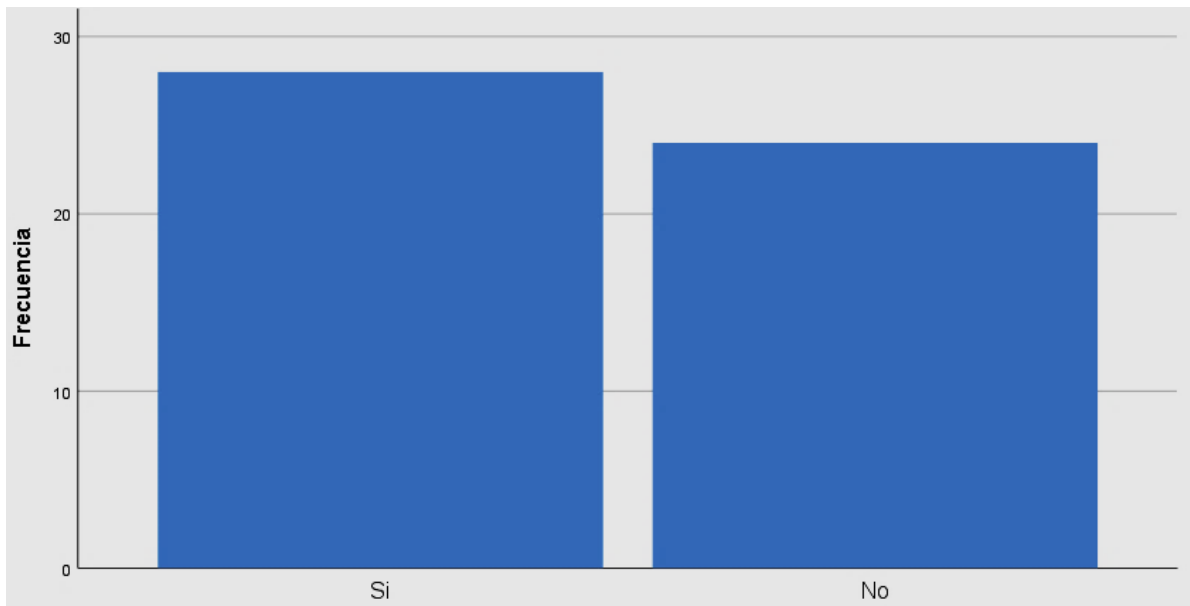
Fuente: Elaboración propia (2020)

Interpretación: Del 100% de encuestados, 39 de ellos que representa el 75% dice que el juez sí respeta el contenido esencial del derecho a la debida motivación de las resoluciones, quiere decir, si cumple con la fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y con la suficiente justificación de la decisión adoptada; mientras que 13 encuestados que representa el 25% dijo que los jueces penales no respetan con emitir resoluciones con los presupuestos indicados.

Cuadro 10: ¿El juez penal aplica los principios del daño causado, congruencia y el principio dispositivo (norma constitucional, penal y procesal penal y civil) para determinar correctamente la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	28	53,8	53,8	53,8
	No	24	46,2	46,2	100,0
	Total	52	100,0	100,0	

Gráfico 09: ¿El juez penal aplica los principios del daño causado, congruencia y el principio dispositivo (norma constitucional, penal y procesal penal y civil) para determinar correctamente la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad?



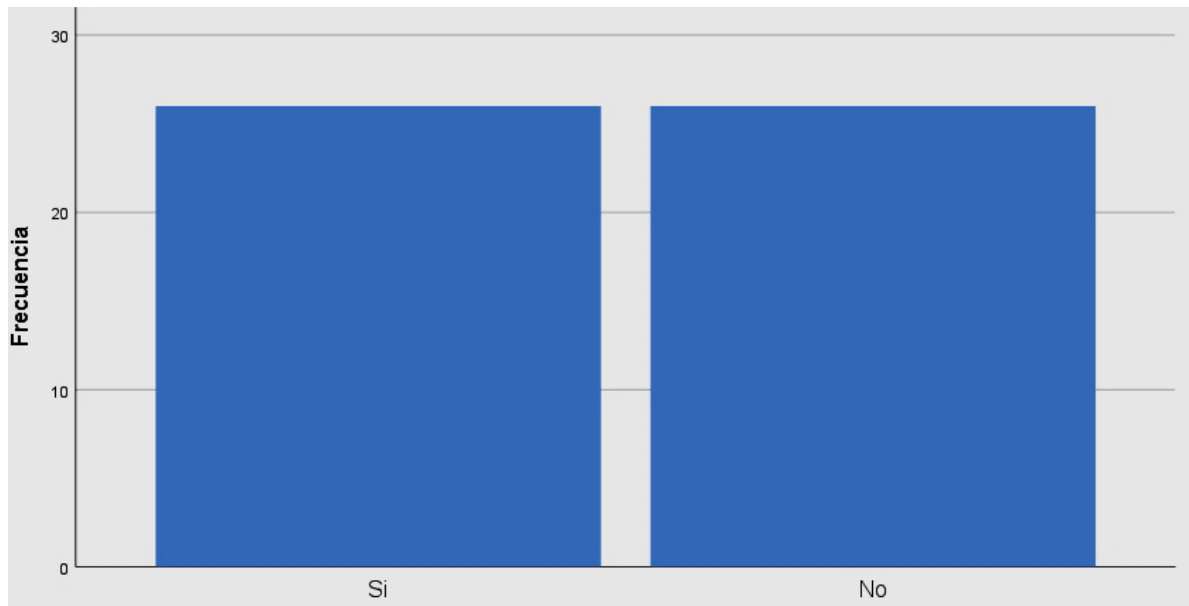
Fuente: Elaboración propia (2020)

Interpretación: Del 100% de encuestados, 28 de ellos que representa el 53.8% dice que el juez penal sí aplica los principios del daño causado, congruencia y el principio dispositivo (norma constitucional, penal y procesal penal y civil) para determinar correctamente la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad.

Cuadro 11: ¿El juez penal aplica el principio de proporcional y razonabilidad entre la pena y la reparación civil en las sentencias condenatorias por el delito de violación sexual?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	26	50,0	50,0	50,0
	No	26	50,0	50,0	100,0
	Total	52	100,0	100,0	

Gráfico 10: ¿El juez penal aplica el principio de proporcional y razonabilidad entre la pena y la reparación civil en las sentencias condenatorias por el delito de violación sexual?



Fuente: Elaboración propia (2020)

Interpretación: Del 100% de encuestados, 26 de ellos que representa el 50% dice que el juez penal sí aplica el principio de proporcionalidad y razonabilidad entre la pena y la reparación civil en las sentencias condenatorias por el delito de violación sexual de menores de edad; mientras que el 50% restante dijo lo contrario a lo aseverado.

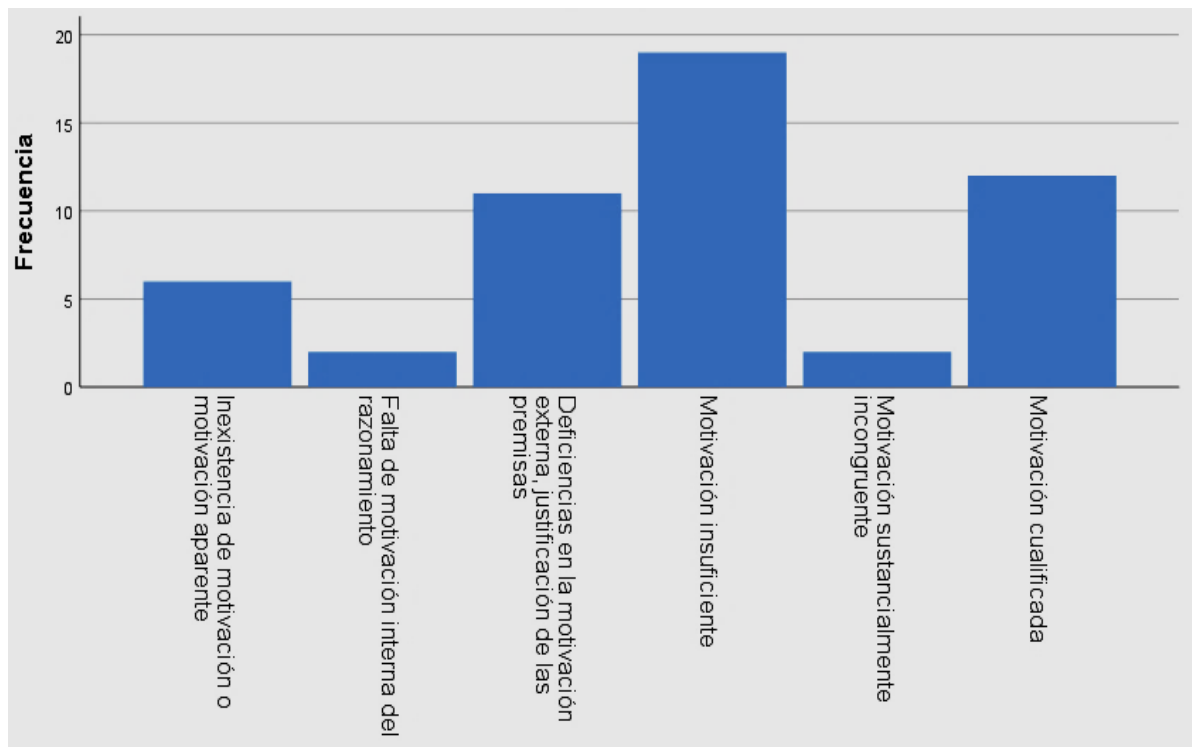
Cuadro 12: ¿Cómo califica las sentencias condenatorias por el delito de violación sexual de menores de edad en el extremo de la reparación civil?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válid o Inexistencia de motivación o motivación aparente	6	11,5	11,5	11,5
Falta de motivación interna del razonamiento	2	3,8	3,8	15,4
Deficiencias en la motivación externa, justificación de las premisas	11	21,2	21,2	36,5
Motivación insuficiente	19	36,5	36,5	73,1
Motivación sustancialmente incongruente	2	3,8	3,8	76,9



Motivación cualificada	12	23,1	23,1	100,0
Total	52	100,0	100,0	

Gráfico 11: ¿Cómo califica las sentencias condenatorias por el delito de violación sexual de menores de edad en el extremo de la reparación civil?



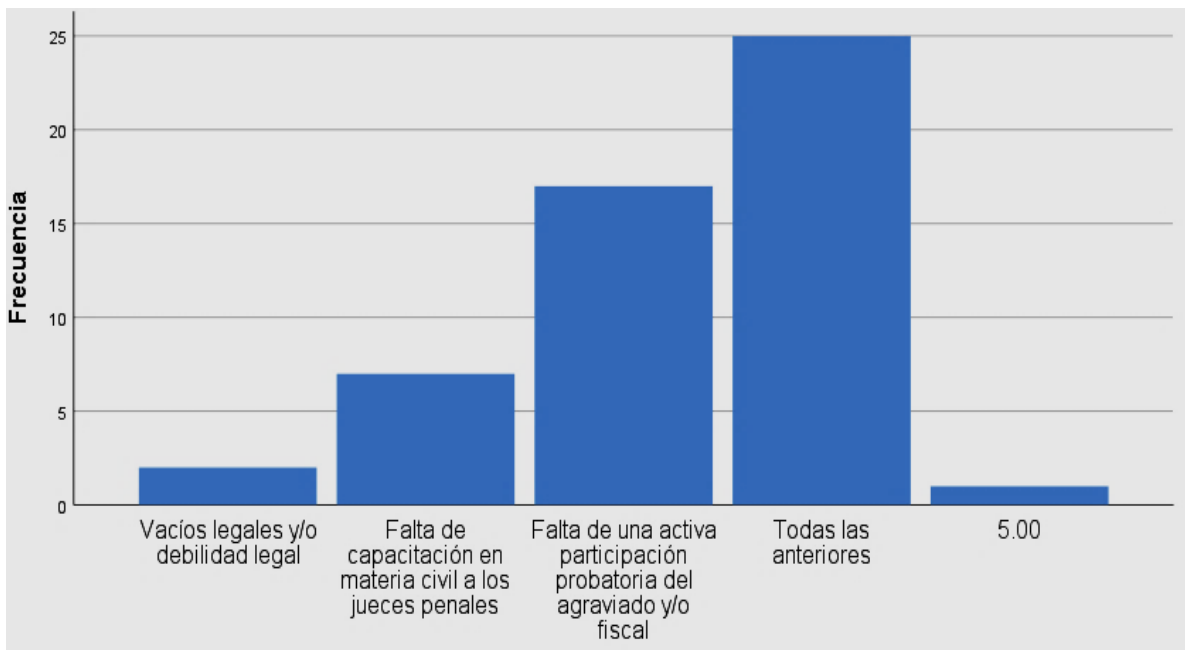
Fuente: Elaboración propia (2020)

Interpretación: Del 100% de encuestados, 19 de ellos que representa el 36.5% califica que existe motivación insuficiente las sentencias condenatorias por el delito de violación sexual de menores de edad; mientras que 12 encuestados que significa el 23.1% calificó que existe motivación cualificada en las sentencias condenatorias por el delito sub-estudio en el extremo de la pretensión civil; por otro lado, en un número de 11 encuestados que representa el 21.2% califica que existe deficiencias en la motivación externa (justificación de las premisas) de las resoluciones por el delito materia de estudio en el extremo de la reparación civil; otro grupo de encuestados en un número de 6 que son el 11.5% dijo que no existe motivación o se presenta una motivación aparente en las sentencias por el delito de violación sexual respecto a la reparación civil; finalmente, de manera conjunta valorizados en 4 que representan el 7.6% dijo que existe falta de motivación interna del razonamiento y motivación sustancialmente incongruente en las resoluciones judiciales de los magistrados en el extremo de la fijación de la reparación civil.

Cuadro 13: ¿Cuáles son los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial del delito de violación sexual de menores de edad en el extremo de la reparación civil?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Vacíos legales y/o debilidad legal	2	3,8	3,8	3,8
Falta de capacitación en materia civil a los jueces penales	7	13,5	13,5	17,3
Falta de una activa participación probatoria del agraviado y/o fiscal	17	32,7	32,7	50,0
Todas las anteriores	25	48,1	48,1	98,1
5,00	1	1,9	1,9	100,0
Total	52	100,0	100,0	

Gráfico 12: ¿Cuáles son los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial del delito de violación sexual de menores de edad en el extremo de la reparación civil?



Fuente: Elaboración propia (2020)

Interpretación: Del 100% de encuestados, 25 de ellos que representa el 48.1% manifestó que tanto los vacíos legales y/o debilidad legal, la falta de capacitación en materia civil a

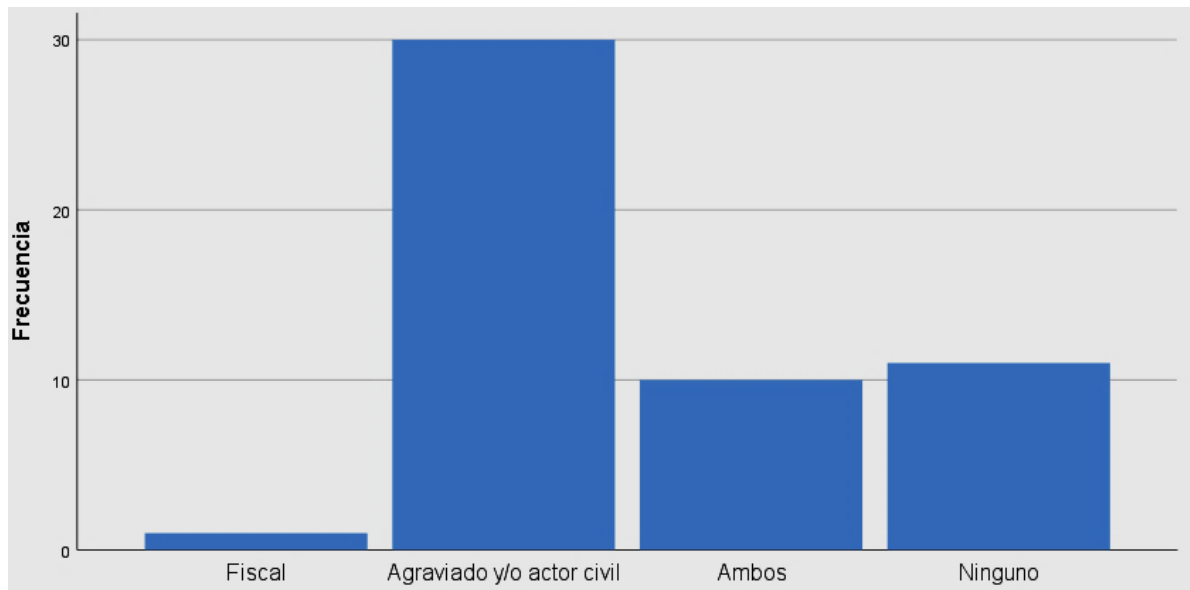


los jueces penales, falta de una activa participación probatoria del agraviado y/o fiscal, son los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial del delito de violación sexual de menores de edad en el extremo de la reparación civil; mientras que 17 encuestados que significa el 32.7% señaló a la falta de una activa participación probatoria del agraviado y/o fiscal como el factor principal de la insuficiencia de la debida justificación de las sentencias en el delito materia de estudio en el extremo civil; por otro lado, 7 encuestados que representa el 13.5% aseguró que la falta de capacitación en materia civil a los jueces penales constituye un factor de la débil justificación de las sentencias por el delito de violación sexual sobre la pretensión civil; finalmente, 4 encuestados que representan el 5.7% aseveró que los vacíos legales es el factor por la que se da la insuficiencia de la motivación de las resoluciones judiciales en el delito estudiado respecto a la pretensión civil.

Cuadro 14: ¿Quién de los sujetos procesales fundamenta mejor la pretensión civil en el delito de violación sexual de menores de edad?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Fiscal	1	1,9	1,9	1,9
Agraviado y/o actor civil	30	57,7	57,7	59,6
Ambos	10	19,2	19,2	78,8
Ninguno	11	21,2	21,2	100,0
Total	52	100,0	100,0	

Gráfico 13: ¿Quién de los sujetos procesales fundamenta mejor la pretensión civil en el delito de violación sexual de menores de edad?



Fuente: Elaboración propia (2020)

Interpretación: Del 100% de encuestados, 30 de ellos que representa el 57.7% refiere que el agraviado y/o actor civil es el sujeto procesal que fundamenta mejor la pretensión civil en el delito de violación sexual de menores de edad; mientras que 11 encuestados que significa el 21.2% consideró que ninguna de las partes, esto es, ni el fiscal ni el agraviado no fundamental correctamente la pretensión civil en el delito materia de estudio; por otro lado, en un número de 10 encuestados que representa el 19.2% afirma que ambos sujetos procesales (fiscal y agraviado) fundamentan correctamente la reparación civil; finalmente, 1 encuestado que representa el 1.9% aseguró que el fiscal es quien sustenta mejor la reparación civil en el proceso penal por el delito de violación sexual de menores de edad.

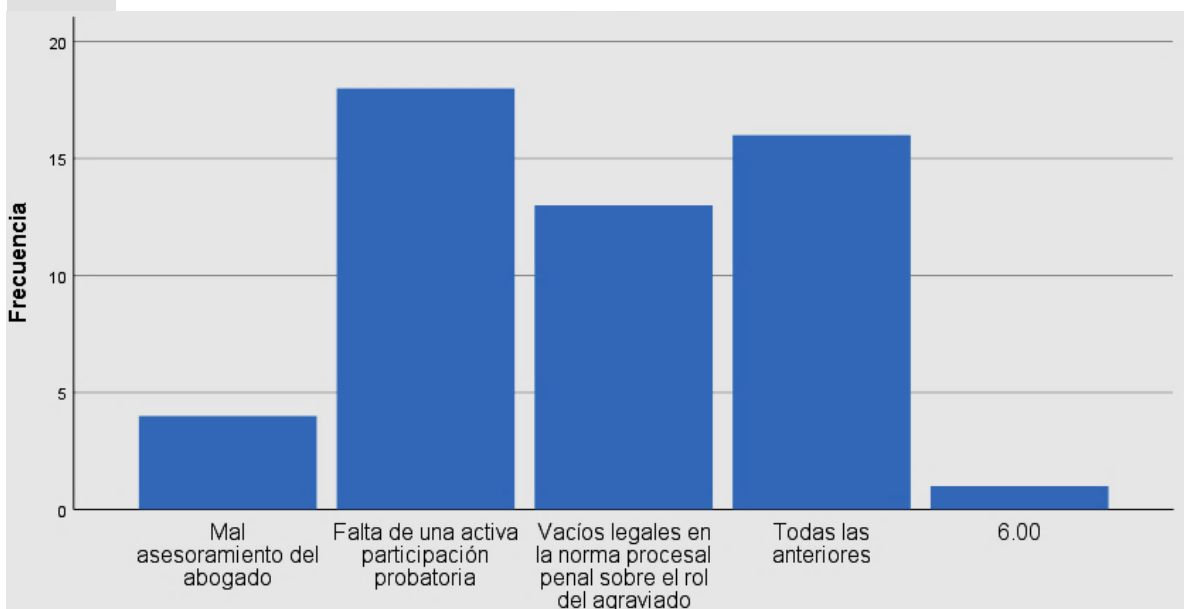
Cuadro 15: En caso el agraviado se constituya en actor civil ¿Cuál considera ud. el problema para lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal en el delito de violación sexual de menores de edad?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Mal asesoramiento del abogado	4	7,7	7,7	7,7
Falta de una activa participación probatoria	18	34,6	34,6	42,3



Vacíos legales en la norma procesal penal sobre el rol del agraviado	13	25,0	25,0	67,3
Todas las anteriores	16	30,8	30,8	98,1
6,00	1	1,9	1,9	100,0
Total	52	100,0	100,0	

Gráfico 14: En caso el agraviado se constituya en actor civil ¿Cuál considera ud. el problema para lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal en el delito de violación sexual de menores de edad?



Fuente: Elaboración propia (2020)

Interpretación: Del 100% de encuestados, 18 de ellos que representa el 34.6% considera la falta de una activa participación probatoria como el problema principal del agraviado para lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal en el delito de violación sexual de menores de edad; mientras que 16 encuestados que significa el 30.8% consideró todas los factores mencionados (mal asesoramiento del abogado, falta de una activa participación probatoria y vacíos legales en la norma procesal penal sobre el rol del agraviado) como los problemas principales del agraviado para lograr una pretensión civil proporcional y justa a la sanción penal; por otro lado, 13 encuestados que representan el 25% considera a los vacíos legales en la norma procesal penal sobre el rol del agraviado como el problema que tiene el agraviado para lograr una reparación civil proporcional y

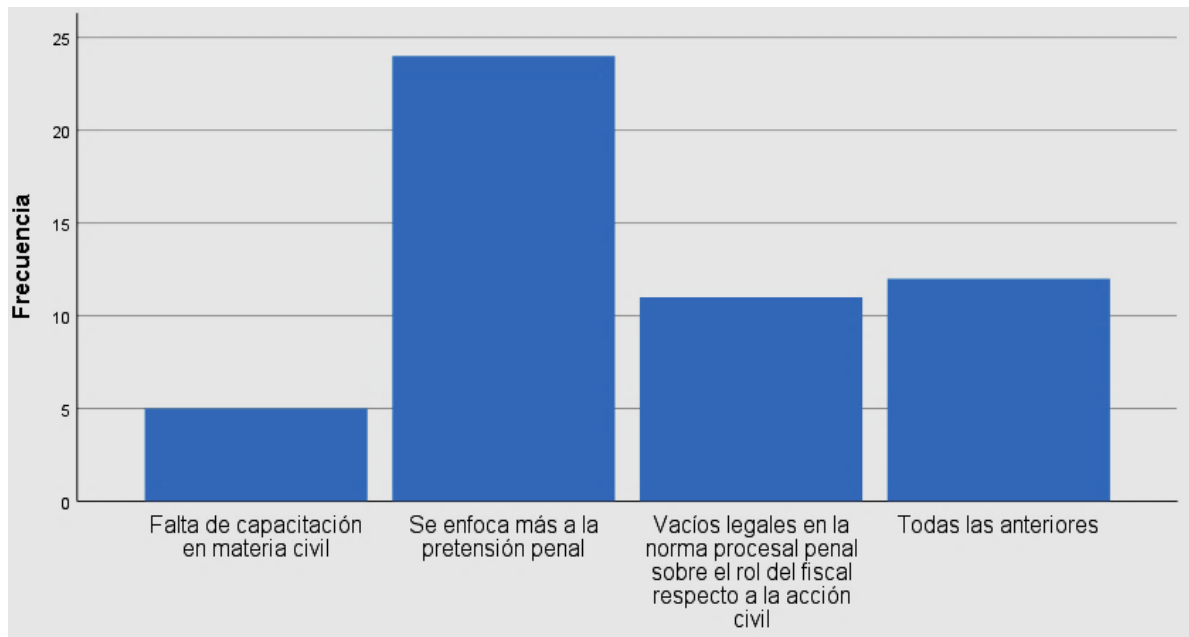


justa a la sanción penal en el delito materia de estudio; finalmente, 4 encuestados que representan el 7.7% considera el mal asesoramiento del abogado como el principal problema que tiene el agraviado para solicitar una adecuada reparación civil.

Cuadro 16: En caso el fiscal asuma la acción civil ¿Cuál considera ud. el problema para lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal en el delito de violación sexual de menores de edad?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Falta de capacitación en materia civil	5	9,6	9,6	9,6
Se enfoca más a la pretensión penal	24	46,2	46,2	55,8
Vacíos legales en la norma procesal penal sobre el rol del fiscal respecto a la acción civil	11	21,2	21,2	76,9
Todas las anteriores	12	23,1	23,1	100,0
Total	52	100,0	100,0	

Gráfico 15: En caso el fiscal asuma la acción civil ¿Cuál considera ud. el problema para lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal en el delito de violación sexual de menores de edad?



Fuente: Elaboración propia (2020)

Interpretación: Del 100% de encuestados, 24 de ellos que representa el 46.2% considera que cuando asume la acción civil el fiscal, éste tiene como principal problema su enfoque mayor a la pretensión penal lo cual no es posible lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal en el delito de violación sexual de menores de edad; mientras que 12 encuestados que significan el 23.1% considera todas los factores mencionados (falta de capacitación del fiscal en materia civil, su enfoque mayor en la pretensión penal y los vacíos legales en la norma procesal penal sobre el rol del fiscal respecto a la acción civil) como los problemas principales del fiscal cuando asume la acción civil y pretender lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal en el delito materia de estudio; por otro lado, 11 encuestados que representan el 21.2% considera a los vacíos legales en la norma procesal penal sobre el rol del fiscal respecto a la acción civil como el principal problema para lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal; finalmente, 5 encuestados que representan el 9.6% considera la falta de capacitación del fiscal en materia civil como el principal problema para solicitar una adecuada reparación civil.

4.2 Discusión de resultados

En la investigación, se han estudiado las instituciones jurídicas de índole penal, procesal penal, civil y constitucional; tales como el delito de violación sexual de menores de edad tipificada en el artículo 173 del código penal peruano vigente, la reparación civil y el derecho a la debida motivación de la resoluciones judiciales, todos estudiados sistemática y correlativamente para determinar los factores de la insuficiencia de la debida



motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad. En ese sentido, **empezamos estudiando la motivación judicial de las resoluciones**, definida como el derecho que tiene todo justiciable y/o parte procesal (agraviado, imputado y fiscal) a que el juez resuelva las causas bajo las razones o justificaciones jurídicas, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, así como las justificaciones objetivas de hecho acreditados con grado de certeza. Al respecto, los encuestados expertos en derecho penal conformado por abogados, fiscales y jueces, consultados sobre la institución de la debida motivación de las resoluciones judiciales, se obtuvo los siguientes resultados:

A la pregunta, *¿si el juez penal cumple con el deber de motivar correctamente sus sentencias condenatorias por el delito de violación sexual de menores de edad en el extremo de la reparación civil?*, dio como resultado: 36 encuestados que representan el 69.2% afirmó positivamente, mientras que el resto en un numero de 16 encuestados que representan el 30.8% dijo que los jueces penales no cumplen con dicho deber constitucional. (Cuadro 08 y gráfico 07).

A la pregunta, *¿si el juez penal respeta el contenido esencial del derecho a la debida motivación, esto es, cumple con la fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y con la suficiente justificación dela decisión adoptada?*, dio como resultado: 39 encuestados que representan el 75% respondió positivamente, mientras que el resto en un numero de 13 encuestados que representan el 25% dijo que los jueces penales no respetan con emitir resoluciones con los presupuestos indicados. (Cuadro 09 y gráfico 08).

Respecto a la institución de la reparación civil y su relación con el delito de violación sexual de menores de edad; partimos conceptualizando la reparación civil en palabras de Del Rio citado por Reátegui (2014, p. 127), que dice “La reparación civil viene a ser el resarcimiento del bien o indemnización, aun cuando esta sea totalmente exigua, por quien ocasionó una daño -traducible en delito- que afectó los Derechos e intereses legítimos de la víctima”. Y, nuestra legislación procesal penal vigente en su artículo 94 considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo; en consecuencia, existen dos tipos de víctimas o agraviados: i) directo que encaja en la primera definición y, ii) indirecto que viene a ser aquél que sufre las consecuencias que vivió el agraviado directo como consecuencia del delito.



Ahora bien, sobre los derechos del agraviado regulado en el artículo 95 concordante con el artículo 105 del código procesal penal vigente, no se consigna expresamente el derecho a la reparación civil a favor del agraviado; por tanto, consideramos que éste es una *debilidad legal* en el marco del NCPP que debe normar con amplitud y certeza el derecho a la reparación civil del agraviado, es más, como la doctrina lo denomina, se hablaría del *derecho a la reparación civil integral*, como consecuencia del daño causado por el hecho delictivo.

El problema principal de lograr la fijación de una reparación civil justa, indistintamente de quién accione la pretensión civil, los montos resarcitorio que se fijan son ínfimos y completamente desproporcional e injusta a la sanción penal; ya que, en el caso del fiscal éste básicamente se enfoca a probar el hecho delictivo e individualizar al responsable del delito, abandonando su otra función que viene a ser la acción civil conforme lo estipula la LOMP, y como mero formalismo sencillamente en su requerimiento acusatorio solicita un monto reparatorio simbólico nada racional, y en el caso de ampararse la sanción penal solicita, también se amparará el monto de la reparación civil simbólica; esto porque el juez como tercero imparcial y garantista fundamenta su decisión en base a los medios probatorios actuados en juicio oral. En caso del agraviado, en cuanto se constituya en actor civil su inactiva participación probatoria influye en la determinación del monto de la reparación civil o simplemente por la falta de normatividad correspondiente se ve mermado su posibilidad de que su pretensión civil sea amparada con justicia.

Revisado la literatura, cuando se establezca el importe que corresponde por concepto de reparación civil -ya sea en una sentencia condenatoria o absolutoria-, debe indicarse la entidad del daño civil (patrimonial o extrapatrimonial) y la magnitud (grado de afectación causado al perjudicado).

En el caso de los daños ocasionados a la agraviada en el delito de violación sexual, más allá de los daños morales que significa para la agraviada el deterioro de su salud física y mental, deben tenerse en cuenta los gastos de su tratamiento, desde el momento de los hechos hasta la entera recuperación de la víctima. Asimismo, debe tener en cuenta la entidad y magnitud de los daños que, en el futuro, a lo largo de toda su vida, sobrellevará la agraviada, en los mismos que deben apreciarse los gastos de su tratamiento perenne en el ámbito psicológico fundamentalmente (Exp. N° 410-2002-Lima).



Estos criterios nos permiten no sólo reconocer un tipo especial de daño, sino establecer una efectiva reparación civil, al menos satisfactoria a favor del agraviado, lo cual, los jueces deben tomar en cuenta a fin de efectuar una debida motivación de las resoluciones judiciales respecto a la reparación civil a favor del agraviado.

Por otro lado, el delito de violación sexual de menor de edad también es entendido como el *acceso carnal sexual prohibido*, el cual debe ser entendido como la realización del ámbito libidinoso no permitido por la ley. Ya que los menores no gozan del derecho a la libertad sexual, sino del derecho a la indemnidad sexual. Y se convierte en uno de los derechos fundamentales de las personas que consiste el salvaguardar el normal y libre desarrollo (desenvolvimiento) de la personalidad del menor en el ámbito de su sexualidad protegiendo así su estado físico y psíquico. Zavaleta (2017).

Entre las consecuencias que derivan del delito de violación sexual en víctimas menores de edad (art. 173 del código penal), son varias, pero las principales se resumen en el cuadro 04 y 05, proporcionado por los investigadores E. Echeburúa y P. de Corral. (2006), la misma que ya no lo vamos a discutir, por haber sido precisado con exactitud y básicamente porque se ha citado a connotados expertos en la materia.

Desde el punto de vista del trabajo de campo, la investigadora Reymer Urquieta (2017) en su investigación titulado: *“Pautas jurídicas para determinar el monto resarcitorio por reparación civil en los delitos de indemnidad sexual, Arequipa 2016”*, de 56 casos analizados por delitos de indemnidad sexual de menores tramitados en los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de la Ciudad de Arequipa, en el periodo comprendido entre los años 2014 al 2015, obtuvo los siguientes resultados: de 56 expedientes, 36 que representa el 57% los jueces fijaron la suma de S/ 7,500.00 Soles para las víctimas entre las edades de 11 a 15 años; mientras que 19 que son el 34% determinó la suma de S/ 9,500.00 Soles para las víctimas entre las edades de 6 a 10 años. Lo que significa, que el monto de reparación civil en delitos de violación sexual de menores de edad, es prácticamente simbólico e indigno para las víctimas de este delito muy grave.

Comparativamente con las sentencias casatorias y recursos de nulidad de la Corte Suprema provenientes de la Corte Superior de Justicia del Cusco, de los seis casos estudiados, se tiene los siguientes montos: caso 01, la suma de S/ 5,000.00 Soles de reparación civil; caso 02, la suma de S/ 3,000.00 Soles de reparación civil; caso 03, la



suma de S/ 2,000.00 Soles por concepto de reparación civil; caso 04, la suma de S/ 3,000.00 Soles por reparación civil; caso 05, la suma de S/ 3,500.00 Soles por reparación civil; y, el caso 05, la suma de S/,5000.00 Soles por concepto de reparación civil a favor de la víctima. Por lo tanto, se concluye que el monto máximo fijado por parte de la Corte Suprema, por concepto de reparación civil a favor de la víctima menores de edad por el delito de violación sexual, regulado en el artículo 173 del código penal peruano, es de S/ 5,000.00 Soles y el monto mínimo es de S/ 2,000.00 Soles; y, en promedio se fija la de S/ 3,583.33 Soles por concepto de reparación civil a favor de la víctima.

Finalmente, en lo que respecta a la reparación civil, el trabajo de campo (encuesta) aplicado a los expertos en derecho penal conformado por abogados, fiscales y jueces, se obtuvo los siguientes resultados:

A la pregunta, ¿si el juez penal aplica los principios del daño causado, congruencia y el principio dispositivo (norma constitucional, penal y procesal penal y civil) para determinar correctamente la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad?, dio como resultado: 28 de ellos que representa el 53.8% dice que el juez penal sí aplica los principios del daño causado, congruencia y el principio dispositivo (norma constitucional, penal y procesal penal y civil) para determinar correctamente la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad. (Cuadro 10 y gráfico 09).

A la pregunta, ¿si El juez penal aplica el principio de proporcional y razonabilidad entre la pena y la reparación civil en las sentencias condenatorias por el delito de violación sexual?, dio como resultado: 26 de ellos que representa el 50% dice que el juez penal sí aplica el principio de proporcionalidad y razonabilidad entre la pena y la reparación civil en las sentencias condenatorias por el delito de violación sexual de menores de edad; mientras que el 50% restante dijo lo contrario a lo aseverado. (Cuadro 11 y gráfico 10).

Y, respecto a los **factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menores de edad, se tiene como los principales a:** la debilidad legal y/o vacíos legales respecto a las facultades del agraviado, ya que, la normatividad vigente en materia de la acción civil es insuficiente desamparando a la parte agraviada en el proceso penal; asimismo, está la falta de capacitación a los jueces penales en materia civil ya que al igual que los fiscales todo el trajín del proceso se da en el tribunal de carácter penal, olvidándose de esa manera, la cuestión resarcitoria y pocas veces atendidas con la fijación de ínfimos montos;



finalmente, está falta de una activa participación probatoria del agraviado y/o fiscal con respecto a la pretensión resarcitoria, en el caso del agraviado, debido al mal asesoramiento del abogado, y, en el caso del fiscal (cuando asume la pretensión civil) sólo se enfoca a comprobar el hecho delictivo de la violación sexual e identificar al responsable del delito para su ejemplar sanción.

En el trabajo de campo (encuesta) aplicado a los expertos en derecho penal conformado por abogados, fiscales y jueces, se obtuvo los siguientes resultados:

A la pregunta, *¿Cuáles son los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial del delito de violación sexual de menores de edad en el extremo de la reparación civil?* se obtuvo los siguientes resultados: 25 de ellos que representa el 48.1% manifestó que tanto los vacíos legales y/o debilidad legal, la falta de capacitación en materia civil a los jueces penales, falta de una activa participación probatoria del agraviado y/o fiscal, son los factores de la insuficiencia de la debida motivación judicial del delito de violación sexual de menores de edad en el extremo de la reparación civil; mientras que 17 encuestados que significa el 32.7% señaló a la falta de un activa participación probatoria del agraviado y/o fiscal como el factor principal de la insuficiencia de la debida justificación de las sentencias en el delito materia de estudio en el extremo civil; por otro lado, 7 encuestados que representa el 13.5% aseguró que la falta de capacitación en materia civil a los jueces penales constituye un factor de la débil justificación de las sentencias por el delito de violación sexual sobre la pretensión civil; finalmente, 4 encuestados que representan el 5.7% aseveró que los vacíos legales es el factor por la que se da la insuficiencia de la motivación de las resoluciones judiciales en el delito estudiado respecto a la pretensión civil. (Cuadro 13 y gráfico 12).

Continuando, a la pregunta: En caso el agraviado se constituya en actor civil *¿Cuál considera ud. el problema para lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal en el delito de violación sexual de menores de edad?* se obtuvo los siguientes resultados: 18 de ellos que representa el 34.6% considera la falta de una activa participación probatoria como el problema principal del agraviado para lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal en el delito de violación sexual de menores de edad; mientras que 16 encuestados que significa el 30.8% consideró todas los factores mencionados (mal asesoramiento del abogado, falta de una activa participación probatoria y vacíos legales en la norma procesal penal sobre el rol del agraviado) como los problemas principales del agraviado para lograr una pretensión civil proporcional y



justa a la sanción penal; por otro lado, 13 encuestados que representan el 25% considera a los vacíos legales en la norma procesal penal sobre el rol del agraviado como el problema que tiene el agraviado para lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal en el delito materia de estudio; finalmente, 4 encuestados que representan el 7.7% considera el mal asesoramiento del abogado como el principal problema que tiene el agraviado para solicitar una adecuada reparación civil. (Cuadro 15 y gráfico 14).

Concluyendo con la discusión de resultados, a la pregunta: *En caso el fiscal asuma la acción civil ¿Cuál considera ud. el problema para lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal en el delito de violación sexual de menores de edad?* se obtuvo los siguientes resultados: 24 de ellos que representa el 46.2% considera que cuando asume la acción civil el fiscal, éste tiene como principal problema su enfoque mayor a la pretensión penal lo cual no es posible lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal en el delito de violación sexual de menores de edad; mientras que 12 encuestados que significan el 23.1% considera todas los factores mencionados (falta de capacitación del fiscal en materia civil, su enfoque mayor en la pretensión penal y los vacíos legales en la norma procesal penal sobre el rol del fiscal respecto a la acción civil) como los problemas principales del fiscal cuando asume la acción civil y pretender lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal en el delito materia de estudio; por otro lado, 11 encuestados que representan el 21.2% considera a los vacíos legales en la norma procesal penal sobre el rol del fiscal respecto a la acción civil como el principal problema para lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal; finalmente, 5 encuestados que representan el 9.6% considera la falta de capacitación del fiscal en materia civil como el principal problema para solicitar una adecuada reparación civil. (Cuadro 16 y gráfico 15).



CONCLUSIONES

Luego de haber revisado la literatura dogmática y realizado el trabajo de campo, se arriba a las siguientes conclusiones:

PRIMERO.- A la fecha de la revisión de los casos a nivel nacional en casos de Delito de Violación Sexual, se tiene que no existe en la norma penal un extremo que establezca los parámetros de reparación civil, ya que como se ha podido analizar dichos montos, considerando la gravedad del hecho y teniendo en cuenta que el honor, dignidad e inocencia de un menor no es cuantificable económicamente, en las sentencias se puede advertir montos demasiado mínimos, los que si se son analizados detalladamente no cubren en su totalidad el fin que tiene la misma, como es resarcimiento del daño, más aun cuando esta no ha sido cancelada, lo que sucede en muchos casos, motivo por el cual consideramos que los montos deberían ser mayores así mismo deben hacerse efectivo a la brevedad posible, ello permitiría un apoyo psicológico u otro que requiera la víctima.

SEGUNDO.- Existe una debilidad legal y/o vacíos legales en el código procesal penal, respecto a las facultades y derechos del agraviado y/o actor civil, ya que, no se consigna expresamente el derecho a la reparación civil integral a favor de la víctima; consecuentemente, ello, constituye un factor de la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil de las sentencias condenatorias en el delito de violación sexual de menores de edad, tipificado en el artículo 173 del código penal peruano.

TERCERO.- La falta de capacitación de los jueces penales en materia civil si constituye un factor importante en la determinación del monto de la reparación civil, ya que,



generalmente el juez penal y los sujetos procesales, se enfocan más en la pretensión penal (probar el hecho delictivo, individualizar al imputado y la imposición de una sanción penal), dejando de lado la pretensión civil; y, en el delito específico de violación sexual de menor de edad inferior a los catorce años, debe conocer y aplicar adecuadamente no sólo la norma civil y procesal civil (de aplicación supletoria en el proceso penal), sino que además, realizar una interpretación y argumentación sistemática; ello, le permitirá motivar correctamente la reparación civil. Por tanto, dicho factor influye en la insuficiencia de la debida motivación judicial de la reparación civil en el delito de violación sexual de menor de edad.

CUARTO.- En el proceso penal, es de mucha importancia el rol de cada parte procesal, y estos formulan y trabajan en base a su teoría del caso, por un lado, el representante del Ministerio Público dirigido principalmente en recabar los elementos de convicción (etapa preparatoria del proceso penal) o medios probatorios (juicio oral) para comprobar el hecho delictivo, individualizar al imputado y lograr una sanción penal; y, por otro lado, el agraviado siendo el más interesado en la pretensión civil, debe de aportar los elementos de convicción necesarios, conducentes, útiles y pertinentes para lograr una reparación civil proporcional y justa a la sanción penal; por tanto, la falta de una activa participación probatoria del agraviado (en caso se constituya en actor civil) y, del fiscal (en caso éste postule la acción civil en favor del agraviado), si influye en la determinación del monto de la reparación civil, en el delito de violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173 del código penal vigente peruano.



RECOMENDACIONES

Finalmente, postulamos algunas recomendaciones siguientes:

PRIMERO.- Se recomienda que las posteriores investigaciones en la línea de investigación de la presente, realice una investigación jurídica propositiva, en la que se plantee un proyecto de ley que modifique el artículo 95 y 105 del código procesal penal vigente, en la que se inserte el derecho a la reparación integral del daño causado por cualquier delito en general a favor del agraviado, que sea proporcional y justa a la sanción penal.

SEGUNDO.- El Poder Judicial a partir de la fecha debe contratar jueces y especialista judicial en materia penal altamente capacitados en Derecho penal, constitucional y civil y procesal civil, así como, en argumentación y redacción jurídica, que sepan motivar y/o fundamentar correctamente una resolución judicial; más aun, cuando se trata de delitos graves como el delito de violación sexual de menores de edad tipificados en el artículo 173 del código penal. En caso de los jueces y especialistas judiciales contratados con fecha anterior a la presente investigación, el Poder Judicial debe brindar capacitaciones constantes en las materias antes precisadas, para mejorar su calidad justificativa de sus resoluciones.

TERCERO.- Se debe modificar el artículo 11 inciso 1, artículo 60 inciso 1, artículo 61 inciso 2 y demás artículos pertinentes del código procesal penal, sobre la potestad del representante del Ministerio Público respecto a la acción civil, dándole mayor potestad participativa en recabar elementos de convicción conducentes a acreditar la pretensión civil.



BIBLIOGRAFÍA

- Accatino Scagliotti, D. (2010). *Formacion y valoracion de la prueba en el proceso penal*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot.
- Alvarez, C. E. (1999). *Curso de Derecho Constitucional* (3ª ed. ed.). Madrid: Tecnos.
- Andres Ibañez, P. (2005). *Los hechos en la sentencia penal*. Mexico: Fontamara.
- Calomer, H. I. (2003). *La motivacion de las sentencias.sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Castillo, A. J. (2013). *La motivacion de la valoracion de la prueba en materia penal*. Perú: Grijley.
- Colomer, h. I. (2003). *La motivacion de las sentencias :sus exigencias constituionales y legales*. Valencia : Tiran Lo Blanch.
- Ezquiaga, F. J. (2011). *Agumentacion e Interpretacion* . Lima: Grijley.
- Figuroa, G. E. (2014). *El derecho a la debia motivacion*. Lima-Perú: Gaceta Juridica.
- Gaceta Jurídica. (2005). *La Constitución cometada, análisis artículo por artículo* (Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.
- Garrido, F. (1976). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- Luis, B. A. (1990). *Temas de Derecho Penal*. Lima.
- Mendoza Delgado, K. I. (2020). *Análisis e implicancias del acuerdo plenario N° 04-2019/CIJ-116: reparación civil en casos de sobreseimiento y absolución*. Lima: Pacífico Editores.
- Rodrigo, R. M. (2011). *La Prueba:Un analisis racional y practico*. Madrid: Marcial Pons.
- Sanches, J. R. (2014). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima-Perú: Ediciones Legales.



- Taruffo, M. (2006). *La Motivación de la Sentencia Civil*. Mexico: Tribunal Electoral el Poder Judicial de la Federación.
- Taruffo, M. (2012). *Simplemente la verdad .El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- Valderrama Mendoza, S. (2013). *Pasos para elaborar proyectos de investigación científica (Cuantitativa, Cualitativa y Mixta)*. Lima: San Marcos.
- Álvarez Dávila, Francisco. (2016); La víctima en el proceso penal: un enfoque sobre sus facultades de impugnación en el Código Procesal Penal de 2004. Edit. Gaceta Jurídica, Revista Gaceta Penal & Procesal Penal N° 87, Lima, Perú.
- Arbulú Martínez, Víctor Jimmy. (2018); Derecho Penal Parte Especial, Delitos contra la libertad e indemnidad sexual y otros. Edit. Pacífico editores, Lima, Perú.
- Mendoza Delgado, Kevin I. (2020); Análisis e implicancias del Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116: reparación civil en casos de sobreseimiento y absolución. Edit. Pacífico Editores, Revista Actualidad Penal N° 67, Lima, Perú.
- Fernández Ceballos, Fernán Guillermo. (2015). La acción civil en el proceso penal peruano. Edit. Pacífico Editores, Revista Actualidad Penal N° 7, Lima, Perú.
- Gálvez Villegas, Tomás Aladino (2016); La reparación civil en el proceso penal. Edit. Pacífico Editores, 3ra edición, Lima, Perú.
- Reátegui Sánchez, James. (2014); La reparación civil en el Derecho Penal: concepto y determinación. Edit. Pacífico Editores, Revista Actualidad Penal N° 2, Lima, Perú.
- Laura Espinoza, Edwin Rolando. (2016); El nuevo rol del agraviado en el proceso penal y su repercusión en la figura del actor civil. Edit. Gaceta Jurídica, Revista Gaceta Penal & Procesal Penal N° 90, Lima, Perú.
- Valderrama Mendoza, Santiago. (2013); Pasos para elaborar proyectos de investigación científica (Cuantitativa, Cualitativa y Mixta), Edit. San Marcos, 2da edición, Lima, Perú.
- Hernández Sampieri, R; Fernández Collado, R; y, Baptista Lucio, P. (2014); Metodología de la Investigación. Edit. McGrawHill, 6ta edición, México.



Salinas Siccha, Ramiro. (2016); Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, doctrina y jurisprudencia. Edit. Pacífico editores, Lima, Perú.

Tapia Vivas, Gianina Rosa. (2017). La valoración de la prueba en el delito de violación sexual de menores de edad. Edit. Gaceta Jurídica, Lima – Perú.

Álvarez Jinés, Carlos Miguel. (2016). Aspectos sustanciales y procesales del delito de violación sexual de menor de edad. Edit. Pacífico editores, Lima – Perú.

Villegas Paiva, Elky Alexander. (2017). La valoración de la prueba pericial en los procesos penales por delitos de violación sexual. Comentarios a propósito del Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116. Edit. Gaceta jurídica, Lima Perú.

Zavaleta Barrera, Carlos Francisco Raúl. (2017). Acceso carnal sexual prohibido contra menor de catorce años – el delito tipificado en el artículo 173 del Código Penal, edit. Pacífico editores, actualidad penal Rev. 32, Lima Perú.

5.1. Referencias electrónicas

Osterling Parodi, Felipe. (2010). Indemnización por daño moral. mayo 21, 2020, de Microsoft Word Sitio web: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>

Guillermo Bringas, Luis Gustavo. (2009). Aspectos fundamentales del resarcimiento económico del daño causado por el delito. mayo 21, 2020, de Ilcip Sitio web: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/\\$FILE/Ilcip_Rev_004-02.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/$FILE/Ilcip_Rev_004-02.pdf)

Tribunal Constitucional. (2006). EXP. N.º 01480-2006-AA/TC- LIMA, mayo 22, 2020, de TC Sitio web: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01480-2006-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. (2008). EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC-LIMA. Mayo 22, 2020, de TC Sitio web: <https://lpderecho.pe/tc-seis-elementos-derecho-motivacion-resoluciones-judiciales/>

Tribunal Constitucional. (2005). EXP. N.º 4228-2005-PHC/TC - HUÁNUCO. Mayo 22, 2020, de TC Sitio web: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04228-2005-HC.pdf>



- Tribunal Constitucional. (2006). EXP. N° 7222-2005-PHC/TC-PUNO. Mayo 22, 2020, de TC Sitio web: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07222-2005-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2005). EXP. N° 4226-2004-AA/TC-ICA. Mayo 22, 2020, de TC Sitio web: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04226-2004-AA.pdf>
- Becerra Suárez, Orlando. (2019). El derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales. Mayo 22, 2020, de PUCP Sitio web: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2019/03/18/el-derecho-fundamental-a-la-motivacion-de-las-resoluciones-judiciales/>
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2020). Las cifras de violencia sexual en el Perú. Junio 03, 2020, de Mimp Sitio web: https://www.enterarse.com/20200129_0001-las-cifras-de-violencia-sexual-en-el-peru
- López, Yahira Rodríguez, Gigato, Bertha Arenia Aguiar, & Alvarez, Iraidia Garcia. (2012). Consecuencias Psicológicas del Abuso Sexual Infantil. *Eureka (Asunción) en Línea*, 9(1), 58-68. Recuperado em 04 de junho de 2020, de http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2220-90262012000100007&lng=pt&tlng=es.
- E. Echeburúa y P. de Corral. (2006). Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia. Junio 03, 2020, de Scielo Sitio web: <http://scielo.isciii.es/pdf/cmfn43-44/06.pdf>
- Acuña Navas, José María. (2014). Abuso sexual en menores de edad: generalidades, consecuencias y prevención. Junio 02, 2020, de Scielo Sitio web: https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152014000100006
- Rioja Bermudez, Alexander. (2017). El derecho probatorio en sistema procesal peruano. Mayo 30, 2020, de Ipderecho Sitio web: <https://lpderecho.pe/el-derecho-probatorio-en-el-sistema-procesal-peruano/>
- Lpderecho. (2019). Los cuatro elementos de la responsabilidad civil extracontractual para penalistas. Junio 04, 2020, de Lpderecho Sitio web: <https://lpderecho.pe/cuatro-elementos-responsabilidad-civil-extracontractual-penalistas/>



ANEXOS:

Anexo A: Constancia del turniting anti plagio firmado por los integrantes del jurado