

**UNIVERSIDAD NACIONAL AMAZÓNICA DE MADRE
DE DIOS**

FACULTAD DE EDUCACIÓN

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
POLITICAS**



TESIS

**“Tutela resarcitoria por daños derivados de la
transmisión del VIH en el ordenamiento
juridico peruano - 2022”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

Bach. GUTIERREZ FIGUEROA, Jhoel

ASESOR:

- Mg. KUENTAS ARAGÓN, Shelni Ady

Puerto Maldonado, febrero de 2025

**UNIVERSIDAD NACIONAL AMAZÓNICA DE MADRE
DE DIOS**

FACULTAD DE EDUCACION

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
POLITICAS**



TESIS

**“Tutela resarcitoria por daños derivados de la
transmisión del VIH en el ordenamiento
juridico peruano - 2022”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

Bach. GUTIERREZ FIGUEROA, Jhoel

ASESOR:

- Mg. KUENTAS ARAGÓN, Shelni Ady

Puerto Maldonado, febrero de 2025

DEDICATORIA

A Silvia, mi madre, quien tuvo a bien ofrecerme su amor incondicional y fortaleza.

A Nicanor, mi padre, quien desde el cielo me da el aliento que requiero.

A Mike, mi hermano, quien motiva mi formación académica.

El Autor

AGRADECIMIENTO

A mi asesora, por su predisposición, apoyo y mentoría en la presente tesis.

El Autor

TURNITIN_JHOEL GUTIERREZ & SHELNI KUENTAS

INFORME DE ORIGINALIDAD

4%

INDICE DE SIMILITUD

4%

FUENTES DE INTERNET

5%

PUBLICACIONES

2%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

repositorio.pucp.edu.pe

Fuente de Internet

1%

2

www.academia.edu

Fuente de Internet

1%

3

1library.co

Fuente de Internet

1%

4

repositorio.unsaac.edu.pe

Fuente de Internet

1%

5

repositorio.unp.edu.pe

Fuente de Internet

1%

Excluir citas

Apagado

Excluir coincidencias

< 1%

Excluir bibliografía

Activo

PRESENTACIÓN

Señores Miembros del Jurado:

Es grato y satisfactorio exhibir esta investigación denominada: **“Tutela resarcitoria por daños derivados de la transmisión del VIH en el Ordenamiento Jurídico Peruano - 2022”**, el cual denota un gran esfuerzo y compromiso en aras de buscar un aporte significativo al mundo jurídico. De hecho, el trabajo arduo en el análisis doctrinario y jurisprudencial posibilitaron el abordaje integral de la tesis.

De esta manera, dando cumplimiento al Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Nacional Amazónica de Madre de Dios, la investigación desarrollada se caracteriza por su singularidad y autenticidad, no siendo copia o plagio de otra investigación.

La intención de esta tesis es analizar a la responsabilidad civil como medio de tutela frente a los daños derivados de la transmisión sexual del VIH, específicamente respecto de las dificultades dogmáticas que pueden generarse a raíz de la concepción de los daños extrapatrimoniales.

Finalmente, se pone en consideración la presente investigación al Jurado correspondiente, a efectos de autorizar la sustentación y deliberación pertinente. Donde pretendo ser estimado y evaluado en su oportunidad.

El Autor

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN 1

1.1. Descripción del problema	1
1.2. Formulación del problema	3
1.2.1. Problema general	3
1.2.2. Problemas específicos	3
1.3. Objetivos de la investigación	4
1.3.1. Objetivo general	4
1.3.2. Objetivos específicos	4
1.4. Categorías de estudio	4
1.5. Justificación e importancia	5
1.6. Consideraciones éticas	6

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO 7

2.1. Antecedentes de estudio	7
2.1.1. Antecedentes internacionales	7
2.1.2. Antecedentes nacionales	9
2.2. Marco teórico	11
2.2.1. Transmisión sexual del VIH. El Virus de Inmunodeficiencia Humana	11
2.2.2. Responsabilidad civil	19
2.3. Definición de términos	46

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN 48

3.1. Tipo de estudio	48
3.2. Diseño de estudio	49
3.3. Población y muestra	50
3.4. Métodos, técnicas e instrumentos	50

CAPÍTULO IV: RESULTADOS 52

4.1. Presentación y discusión de resultados	52
4.1.1. El Estado y el VIH	52
4.1.2. Responsabilidad civil por transmisión sexual del VIH	57
4.1.3. <i>Alterum non laedere</i> y la transmisión del VIH	59
4.1.4. Los daños derivados del VIH	60

4.1.5. El hecho generador	65
4.1.6. La causa adecuada en la transmisión sexual del VIH	65
4.1.7. El dolo y la culpa.....	66
4.1.8. Tutela resarcitoria por daños derivados de la transmisión del VIH	68
4.2. Discusión de resultados	69
CONCLUSIONES	71
SUGERENCIAS	73
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de Operacionalización de Categorías

Anexo 2: Matriz de consistencia

Anexo 3: Instrumento

Anexo 4: Solicitud de validación de instrumento

Anexo 5: Carta de aceptación de validación de instrumento

Anexo 6: Ficha de validación

Anexo 7: Jurisprudencia Analizada

RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulado “Tutela resarcitoria por daños derivados de la transmisión del VIH en el Ordenamiento Jurídico Peruano - 2022”, se destina a aportar un posible análisis respecto de la problemática que presenta la responsabilidad civil *aquiliana* en relación a la protección de los daños derivados de la transmisión sexual del VIH en nuestros país.

De hecho, se pretende establecer la correspondencia entre estas categorías de estudio, a efectos de establecer el alcance del principio *alterum non laedere* y determinar los daños extrapatrimoniales que puede generar la transmisión sexual del virus y su consecuente enfermedad SIDA.

Por lo que, es importante precisar que esta investigación, por su naturaleza, mantiene un enfoque cualitativo, por ser de carácter dogmático.

Palabras clave: responsabilidad civil, tutela resarcitoria, transmisión del VIH.

ABSTRACT

The present research work entitled "Compensatory protection for damages derived from the transmission of HIV in the Peruvian Legal System - 2022", is intended to provide a possible analysis regarding the problem presented by Aquiliana civil liability in relation to the protection of damages derived from the sexual transmission of HIV in our countries.

In fact, it is intended to establish the correspondence between these study categories, in order to establish the scope of the *alterum non laedere* principle and determine the extra-patrimonial damages that the sexual transmission of the virus and its consequent AIDS disease can generate.

Therefore, it is important to specify that this research, by its nature, maintains a qualitative approach, as it is dogmatic in nature.

Key words: civil liability, compensatory guardianship, HIV transmission.

INTRODUCCIÓN

Han pasado 40 años aproximadamente desde los primeros casos del padecimiento del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) en el mundo y en nuestro país, es de Perogrullo, que el VIH ha ocasionado un gran golpe para la humanidad sin discriminar la condición social, económica, racial o religiosa del hombre. Para hacer frente a ello, el Estado ha planteado políticas públicas para la prevención y tratamiento de la enfermedad.

Asimismo, esta situación dio inicio a copiosa investigación desde los enfoques de las distintas disciplinas, y el Derecho no ha sido ajeno a ello, sin embargo, de una revisión superficial se tiene que la relación del VIH y el Derecho, solo ha sido tratada desde la perspectiva del derecho constitucional, derecho laboral e inclusive del derecho penal.

Entonces, ahora es preciso preguntarnos, ¿en nuestro país se puede tutelar los daños derivados de la transmisión sexual del VIH? A través de la responsabilidad civil el Estado trata de proteger el padecimiento de los daños sufridos. Pero, el resarcimiento del daño no implica la desaparición del mismo, sino su desplazamiento a otro patrimonio, por regla general (Jalil, 2020, pág. 74), es en este contexto que encontramos una relación entre la tutela resarcitoria para los sujetos que padecen los daños por el contagio del VIH.

Al respecto, Saux (1995) citado por Osterling & Castillo Freyre refiere que de los tópicos que integran a la responsabilidad civil por transmisión de enfermedades, merecen una atención especial dos aspectos: los daños genéticamente transmitidos y el contagio de enfermedades virósicas, destancando en esta última, el SIDA (2003, pág. 251).

A pesar de su relevancia, en nuestro entorno, la transmisión sexual del VIH no ha sido objeto de investigación contemporánea a través de la responsabilidad civil. Por ello, apostamos en el desarrollo de los elementos y particularidades de dicha institución jurídica en relación al VIH basado en una perspectiva sustantiva y pragmática, con el fin de lograr una propuesta metodológica para el resarcimiento de los daños padecidos por este virus y

consecuente enfermedad del SIDA, y de esta manera no dejar a la deriva o indefensión al sujeto pasivo de esta penosa relación.

La investigación supone la generación de nuevo conocimiento, por ello esta tesis tiene como finalidad, contribuir dogmáticamente al derecho, a través del análisis del tutela resarcitoria ante la transmisión sexual del VIH. Finalmente, el desarrollo de esta tesis fue desarrollado bajo el enfoque **cualitativo**, de carácter **dogmático analítico** y tiene un diseño de estudio no experimental por tratarse de una investigación básica; aspectos que desarrollaremos progresivamente.

En ese sentido, esta investigación será desarrollada en los siguientes acápite:

El **Capítulo I**, titulado **problema de la investigación**, se aborda el planteamiento y estructura del problema, se establece el contexto que justifica la elaboración de la investigación y sus objetivos. Asimismo, contiene las categorías de estudio, como tópicos abordados en la tesis.

El **Capítulo II**, pertenece al **marco teórico**, en el que se aprecian los antecedentes, también incluye el marco conceptual empleando la doctrina, jurisprudencia y otros métodos para llegar al objetivo de esta investigación. Asimismo, en este capítulo se desarrollan, de manera argumentativa y analítica, las categorías de estudio y su interrelación.

El **Capítulo III**, analiza la **metodología de la investigación** adoptada para la presente tesis, desarrollando el tipo de investigación, nivel, métodos utilizados diseño, y técnicas adoptadas; aunado a ello, se establece además el presupuesto y su respectivo cronograma.

El **Capítulo IV**, desarrolla los resultados obtenidos, desde su presentación hasta la cuestión de estos.

Finalmente, se abordan las conclusiones a raíz de los objetivos planteados, y las recomendaciones para futuras investigaciones. Asimismo, se presenta una amplia referencia bibliográfica, adjuntando los anexos convenientes.

CAPÍTULO I: PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

El hombre es un ser social por naturaleza, y, como tal, *prius* del Derecho (Varsi, 2014, pág. 11). Esta particularidad reconcilia el rol que cumple el Derecho para con el hombre y la sociedad, puesto que proscribire los límites que guían y regulan la conducta humana. Sin embargo, el hecho de vivir en sociedad nos pone en una situación permanente de riesgo o peligro, de que los actos de los demás nos puedan causar daños.

Frente a esta situación, en el Código Civil peruano se ha establecido a la responsabilidad civil, como un medio de protección para los particulares cuando estos resulten titulares de situaciones jurídicas subjetivas, que atenten contra sus intereses de carácter patrimonial o extrapatrimonial. De hecho, la tutela resarcitoria esta prevista contra el daño injusto, por lo que se garantiza la protección del sujeto, sólo cuando el daño ha sido generado, lo que se concreta a través de la obligación resarcitoria, conocida coloquialmente como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, a cargo del responsable de la producción del daño (Fernández, 2019, pág. 162).

No obstante, con el devenir del tiempo y la constante evolución que trae consigo, se presentan situaciones que tienen consecuencias dañinas, que en principio el legislador desconocía la concreción de estos en la realidad, puesto que no advirtió taxativamente la protección de los particulares ante estos hechos generadores de daños. Sin embargo, en la responsabilidad civil el legislador ha establecido como precepto genérico para su invocación la trasgresión del principio *alterum non*

laedere. Este principio constituye una de *las tria iuris praecepta: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* enunciados por Ulpiano (Navarro & Veiga, 2013, pág. 22). El *alterum non laedere* (no dañar a otro), en cuanto a su regulación se denota del artículo 1969 del C.C., y permite proteger todo tipo situaciones jurídicas subjetivas pasibles de daño a discrecionalidad del juzgador, indubitadamente el hecho tiene que ser sometido a un examen jurídico para determinar su resarcibilidad.

Tangencialmente, uno de los mayores golpes para la humanidad es la pandemia del VIH, es de Perogrullo que este virus ha ido mutilando sin discriminar la condición social, económica, racial o religiosa del hombre.

El VIH constituye un problema prioritario para la salud pública en cada país del mundo, generando un impacto social, económico, político y ético (Naranjo & Rodríguez Antinori, 2016, pág. 70). Según la ONUSIDA, el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, 1 500 000 personas adquirieron el VIH, 37 700 000 personas se encontraban viviendo con el virus en 2020 y 680 000 personas murieron a causa de enfermedades oportunistas como consecuencia del SIDA en el 2020, alrededor del mundo. (ONUSIDA, 2022)

Según Alcántara citando a Cabello (2005) nuestro país no ha sido ajeno a esta propagación, desde los inicios de la pandemia en 1983 hasta el 2005 se determinó que 80 000 personas se encontraban viviendo con VIH/SIDA; y cada año las cifras van creciendo de 1200 a 1500 personas con el virus (2008, pág. 4).

El VIH afecta notoriamente a la salud de la persona y razonablemente su contagio se traduce en la producción del daño, lo que supone una lesión a la salud como derecho fundamental, el mismo que es indivisible del derecho a la vida y a la integridad personal, sin embargo, no solo se refleja en la afección a la salud y psiquis del individuo, sino también en su patrimonio.

Consecuentemente en el plano jurídico, el contagio del VIH y la responsabilidad civil carece de bases doctrinarias y jurisprudenciales, asimismo a medida que empezamos en su tratamiento se nos presentan diversas dificultades y problemas en torno a su tutela.

En ese sentido, parecería que la noción de esta institución jurídica gira alrededor del resarcimiento por el daño generado, lo que supondría compensar solo el daño. Siendo así, la existencia del daño probado, y su relación causal con la conducta del agente, sería suficiente para atribuir la responsabilidad y su consecuencia resarcitoria, lo cual no generaría mayor dificultad. Empero, el juicio de resarcibilidad exige la existencia y el desarrollo de sus elementos intrínsecos, como la antijuridicidad, nexos causal, factor de atribución, y daño propiamente, cuestión nada sencilla (Jalil, 2020, pág. 74).

Finalmente, lo que se pretende realizar con esta investigación es buscar una propuesta metodológica para tutelar resarcitoriamente al sujeto pasivo de los daños derivados de la transmisión sexual del VIH mediante el juicio de resarcibilidad, de esta manera no dejar a la deriva o indefensión al sujeto pasivo de esta relación intersubjetiva.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿En qué medida los daños derivados de la transmisión sexual del VIH pueden tutelarse a través de la responsabilidad civil extracontractual?

1.2.2. Problemas específicos

PE1: ¿Cuál es el alcance del *alterum non laedere* frente a los daños derivados de la transmisión sexual del VIH?

PE2: ¿En qué medida los daños derivados por la transmisión sexual del VIH pueden tutelarse por el tipo de responsabilidad civil subjetiva?

PE3: ¿Qué daños extrapatrimoniales puede generar la transmisión sexual del VIH?

1.3. Objetivos de la investigación

1.3.1. Objetivo general

Determinar en qué medida los daños derivados de la transmisión sexual del VIH pueden tutelarse a través de la responsabilidad civil extracontractual.

1.3.2. Objetivos específicos

OE1: Determinar el alcance del *alterum non laedere* frente a los daños derivados de la transmisión sexual del VIH.

OE2: Determinar en qué medida los daños derivados de la transmisión sexual del VIH pueden tutelarse por el tipo de responsabilidad civil subjetiva.

OE3: Establecer los daños extrapatrimoniales que puede generar la transmisión sexual del VIH.

1.4. Categorías de estudio

1.4.1. Primera Categoría

Transmisión sexual del VIH

Subcategorías

- Virus y estructura
- Fases evolutivas
- Consecuencias

1.4.2. Segunda Categoría

Responsabilidad civil extracontractual

Subcategorías

- Naturaleza Jurídica
- Principio *alterum non laedere*
- Elementos
- Tutela resarcitoria

1.5. Justificación e importancia

Resulta conveniente realizar esta investigación, dada su coyuntura, importancia e interés para el Derecho, especialmente para el derecho privado, donde la responsabilidad civil ha ido *in crescendo* y no puede dejarse de lado el estudio minucioso de su aplicación en situaciones concretas como el contagio del VIH, por lo que es relevante conocer los alcances tutelables frente a los daños derivados del mismo. Así también, es conveniente determinar las repercusiones dogmáticas y pragmáticas que comprende esta categoría de estudio en nuestro país.

El estudio a realizar adquiere relevancia socio-jurídica porque está referida a una cuestión de interés para todos, toda vez que el propósito es la tutela de los individuos que han sufrido la infección del virus, situación que no es ajena al contexto nacional y regional. En tal sentido su relevancia se enmarca dentro del análisis de la responsabilidad aquiliana frente al contagio del VIH.

Los resultados de esta investigación pretenden ofrecer un panorama en relación al papel que cumple la responsabilidad civil subjetiva en relación a la transmisión del virus, realizando para ello un análisis dogmático interpretativo, exploratorio y propositivo sobre esta categoría en nuestro país. En consecuencia se pretende que la investigación tenga un aporte directo puesto a efectos de afianzar los conocimientos de estas dos categorías de estudio. Asimismo, los resultados de esta investigación pretenden formular las repercusiones en nuestro país.

1.6. Consideraciones éticas

La ética es la base y directriz de esta investigación, por lo que los fundamentos e información son verídicas y se encuentran amparadas por distintos autores, los mismos que han sido citados de acuerdo al reglamento de nuestra casa de estudios, y estándares internacionales, respetando los derechos de autor y marcando la legitimidad de esta investigación.

La investigación mantiene resguardo de la información obtenida, así como respeto y prudencia a quienes conviven con el virus, el propósito de la tesis recae en dar una propuesta metodológica que sirva de sustento para la tutela resarcitoria de la transmisión sexual de este virus.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de estudio

De la revisión exhaustiva en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI), asimismo del Repositorio Institucional de la Unamad, no se ha encontrado investigaciones similares al tema propuesto en esta oportunidad, lo que en definitiva pone en dificultad el desarrollo de la tesis, empero refleja la novedad, el interés e importancia de esta.

Razón por la cual se tiene investigaciones enfocadas respecto a la responsabilidad civil y el VIH como categorías independientes, las cuales van a ser aprovechadas como antecedentes para la prosecución y persistencia de este trabajo.

2.1.1. Antecedentes internacionales

Veloza (2018) en su trabajo denominado “*De la Responsabilidad Civil Médica en el procedimiento transfusional o de toma de una simple muestra de sangre*”, nos enfoca desde el marco del derecho colombiano, a la responsabilidad civil de los médicos frente a sus pacientes, específicamente en la toma de muestras de sangre. Consecuentemente su investigación establece una situación de protección ante la transgresión del derecho a la integridad del paciente, en el procedimiento de trasfusión sanguínea o la toma de una muestra, en aplicación del principio de la *lex artis*.

La autora dentro de sus conclusiones nos muestra que el acto médico es tan complejo, a tal punto que se logra el éxito o el fracaso, puesto que la oficiosidad médica presupone la aplicación del principio de la *lex artis*. Asimismo, la transmisión sanguínea puede tener como resultado la transmisión de un agente infeccioso, cuando el médico por impericia o falta de diligencia en la realización del procedimiento concluye en la aparición del virus.

Riveiro (2020) con su trabajo denominado *“Eficacia del matrimonio. Portación y posible contagio VIH: responsabilidad civil, penal y seguro de vida. Objeción de conciencia farmacéutica. Riesgo durante la lactancia”*, de la Universidad de Coruña – España; nos relata la historia de una persona portadora del VIH, quien a sus escasos 28 años había contraído el virus. A pesar de ello pudo casarse, aun cuando su esposa no tenía conocimiento del padecimiento del actor, y como es natural, la pareja mantuvo relaciones sexuales, lo que puso en peligro la vida, salud e integridad de su cónyuge, empero del desenlace de la historia, se tiene que la esposa no contrajo el VIH a pesar de lo señalado.

Al respecto, el autor de la investigación plantea desde distintos enfoques las responsabilidades que pueden recaer en la portación y posible contagio del VIH, de esta manera analiza la eficacia del matrimonio, la responsabilidad civil, penal y otros.

Consecuentemente, Riveiro establece a manera de conclusiones, respecto a la responsabilidad civil, que el hecho de que el protagonista haya ocultado ser portador del VIH, derivó en un posible contagio que podría implicar un riesgo severo para su esposa y menor hijo. No obstante, la esposa tiene posibilidad de exigir el resarcimiento, por la transgresión del *alterum non laedere* y por el padecimiento psíquico expuesto, amparándose en el artículo 1902 del C.C. español.

Asimismo, el daño moral se manifiesta a través del sufrimiento psíquico, al existir una omisión por la no revelación de la portación del VIH, calificada con el título de culpa, al coexistir una relación causal entre la

omisión de la información y los resultados negativos que esto supone para la salud del cónyuge.

Cortés (2019) en su investigación titulada *“El Virus de Inmunodeficiencia Humana en las voces de los niños”*, analiza al Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) desde una perspectiva médica y biológica, en relación a la mutación del virus y su afectación en la salud de las personas. Asimismo, su investigación abarca una perspectiva social respecto de los portadores del VIH, específicamente en los niños.

Dentro de las principales conclusiones, el autor establece, desde una perspectiva social, que las personas al vivir con virus no limitan su personalidad, empero al relacionarse con discursos negativos sobre su aflicción afectan considerablemente en su autoimagen y su auto reconocimiento, máxime el estigma que genera el padecimiento del virus.

2.1.2. Antecedentes nacionales

Santisteban (2022) en su trabajo denominado “Responsabilidad civil derivada de la transmisión sexual del VIH/SIDA”, determinó que la responsabilidad civil se precisa como el deber indemnizatorio asumido por el agente mediante la imputación, a efectos de la reparación del daño causado a otro, por el incumplimiento de las obligaciones y, que el daño producido por la el contagio sexual del SIDA, está relacionado de forma específica con el criterio de antijuricidad, el *alterum non laedere*.

Moya (2021) en su tesis denominada *“El daño a la persona y daño moral en la responsabilidad civil extracontractual en el Perú”*, investigó a la responsabilidad civil como la institución determinada para resarcir el daño causado, desde el enfoque específico del daño inmaterial. Estableciendo que los daños inmateriales, son factores problemáticos debido a la subjetividad que representa.

Por estas razones, su tesis explica las siguientes conclusiones, primero que el daño extrapatrimonial reviste polémica por su carácter inmaterial y subjetivo, pero con el dogma del daño a la persona, se adquiere la cualidad humanista del Derecho, otorgándose protección integral, física y psicológica al ser humano, y segundo, que la cuantificación del daño, al formar parte de la fase resarcitoria, cumple la finalidad de estimar el monto pecuniario a fin de cumplir el objetivo del resarcimiento, a través parámetros valorativos en torno a la extensión del daño causado.

Martínez (2018) en su tesis titulada “*Responsabilidad civil por negligencia médica y la determinación de la indemnización*”, a través de la responsabilidad civil por negligencia médica evaluó la actuación del médico dentro de los parámetros de diligencia requerida, y frente a la producción de daños, la determinación del monto resarcitorio producto de la negligencia médica.

Es preciso recalcar que la investigación tuvo como objeto el análisis del valor del *quantum* resarcitorio por negligencia médica, por lo que frente a este propósito evidencia, a manera de conclusiones, que actualmente no existen mecanismos legales a fin de cuantificar pecuniariamente los daños subjetivos, así como la falta de regulación sobre la responsabilidad civil, en razón a principios generales que puedan ser comunes a todas las profesiones, para que así pueda generarse parámetros para compensar al sujeto que padece el daño.

Herrera (2018) en su investigación denominada “*Justicia en el Derecho Privado y Responsabilidad Civil Extracontractual por Daño No Patrimonial en la Jurisprudencia Peruana*”, desde un enfoque *iusfilosófico* examina a la responsabilidad *aquiliana* como manifestación de la justicia correctiva o conmutativa, por lo que el daño injustamente sufrido amerita una corrección para retornar a un estado de igualdad o equilibrio.

En ese contexto el autor establece como objetivo demostrar que la justicia correctiva es la forma de justicia aplicada en los casos de

responsabilidad aquiliana, frente a relaciones intersubjetivas ante el padecimiento del daño.

Asimismo, evidencia que en la jurisprudencia no hay un criterio unitario en torno al daño inmaterial, lo que permite un margen amplio de discrecionalidad a nivel judicial.

Aguinaga (2019) en su tesis titulada “*Criterios para la cuantificación equitativa del resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil*”, consigna la discrecionalidad del magistrado respecto a la cuantificación del resarcimiento del daño moral, por lo que a través de criterios para la cuantificación equitativa justifica el *quantum* indemnizatorio.

Entonces el autor a fin de investigar sobre la materia, establece como objetivo fijar los criterios determinantes para el *quantum* equitativo para la indemnización del daño moral, obteniendo como resultado que el daño moral, en cuanto a su valor, no es estándar, máxime cuando se debe asumir todos los razonamientos pertinentes, sin descuidar la actuación probatoria, a efectos de decidir lo más justo, lo que no implica castigar al agente del daño, si no apaciguar el detrimento causado a la víctima.

2.1.3. Antecedentes locales

No se logró encontrar antecedente local alguno.

2.2. Marco teórico

2.2.1. Transmisión sexual del VIH. El Virus de Inmunodeficiencia Humana

Antecedentes

No puede concebirse la historia de la humanidad sin las enfermedades, estos padecimientos con mucha frecuencia se tornaron en epidemias y pandemias que seguidamente produjeron innumerables muertes a nivel mundial. “Podemos deducir, reconstruyendo el pasado prehistórico,

que algunos de los virus modernos estaban asociados con los primeros precursores de los mamíferos y evolucionaron conjuntamente con los humanos; otros, sin embargo, entraron a la población humana recientemente". (Soler & Ramos, 2015, pág. 11). Antiguamente, fue la Lepra, la Peste Negra en la edad media, y hoy, en el siglo XXI, el SIDA provocado por el VIH.

El interés por los antecedentes del VIH recae en la percepción como una de las más terribles enfermedades hasta nuestros días. Tal es así, que actualmente no es posible restituir el curso de la pandemia del VIH ni mantener los progresos en el incremento del acceso al tratamiento sin la reducción de la tasa de nuevos contagios por el virus. (Valdez & Carmen, 2012, pág. 13)

El antecedente más conocido sobre la aparición del VIH en el mundo, fue en los Estados Unidos, al respecto el Centro de Control de Enfermedades (CCE) en 1981, reportó que en el Hospital de Los Ángeles se estaba realizando tratamientos a jóvenes por una extraña e inusual neumonía, dado que las complicaciones sólo se presentaban ante una severa deficiencia del sistema inmunológico. Empero, al poco tiempo casos similares se presentaron en otras ciudades acompañados de nuevos indicios como el Sarcoma de Kaposi, Toxoplasmosis entre otras enfermedades, lo común de estos casos era la afectación al sistema inmunológico; a raíz del desconocimiento sobre la enfermedad en sus inicios, se generó desasosiego y pánico en la comunidad médica y la sociedad, atribuyéndose el origen a los países subdesarrollados, a sectores marginados y sobre todo a los homosexuales.

La historia muestra que el ser humano, desde siempre, le ha tratado de dar un significado al padecimiento de enfermedades, el ignorar sus orígenes o tratamiento en su oportunidad, generaba que los significados se acrecentaran.

De esta manera, Arrizabalaga (1997) citado por Cueto refiere que la mezcla de incertidumbre y prejuicio reflejaban diferentes definiciones

clínicas del Sida, así mismo los nombres de la enfermedad, por lo que algunos lo denominaban como “cáncer gay”, “peste gay”, “neumonía gay”, o GRID (Inmunodeficiencia Relacionada con los Gay) (2001, pág. 23).

A partir del año 1982 el VIH empezó a propagarse indiscriminadamente y se entendió que las cuestiones raciales o de género no eran de importancia para la enfermedad. A raíz de ello, el CCE de los Estados Unidos optó por denominar a la enfermedad producida por el VIH como “*Acquired Immunodeficiency Syndrome*” (AIDS), concibiéndose en nuestro idioma como Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), a razón de erradicar las estigmatizaciones contra las poblaciones minoritarias y resaltar la afectación al sistema inmunológico por la enfermedad.

Nuestro país no ha sido ajeno frente a la pandemia del VIH, tanto así que el virus apareció en la población homosexual, para luego introducirse en poblaciones heterosexuales, varones y mujeres. El VIH tuvo su primera víctima en el año 1985, en una persona perteneciente a la población homosexual. Por otro lado, en 1986 se diagnosticó a la primera mujer con el virus y, al año siguiente, nació el primer niño con la infección del virus. (Valdez & Carmen, 2012, pág. 21). Entonces, ya se tenía escasa información de que la enfermedad destruía la inmunidad natural de las personas, lo que desataba en el padecimiento de enfermedades oportunistas que no tenían cura y mataba velozmente (Cueto, 2001, pág. 9). Frente a este contexto que atravesaba nuestro país, la crisis y el caos, representaban el pan de cada día, aunado a la pandemia del VIH el escenario presentado a nivel nacional era demasiado crítico para nuestra historia.

Según los datos reportados por el Ministerio de Salud, nuestro país, desde 1983 a setiembre 2021 ha reportado un total de 143 732 casos de infección por el VIH, de los cuales 46 641 se encuentran en el estadio

del SIDA (Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades, 2021, pág. 2).

Desde los inicios el Perú frente al VIH contó con tres fases de desarrollo, la primera suponía la aceptación de la aparición del virus, y la toma de las primeras medidas preventivas para frenarlas, de esta manera el Estado a través del Ministerio de Salud implementó comisiones y programas nacionales a fin de realizar el seguimiento estadístico y particularidades del virus. En la siguiente fase, de 1988 a 1995, se creó el “Programa Especial de Control SIDA” (PECOS), el mismo que fue sostenido por la cooperación externa a fin de divulgar las medidas preventivas y la vigilancia del virus, así como su tratamiento adecuado, promoviendo una intervención multisectorial para contender al VIH. Finalmente, en la tercera fase, correspondiente al año 1996, se crea el “Programa de Control de Enfermedades de Transmisión Sexual y SIDA” (PROCETS) por lo que se le da mayor importancia a la pandemia del VIH, mejorando sobre todo la información de nuevos casos, no obstante frente al avance del virus nuestro país no cesó en la ejecución de estrategias para la prevención y disminución del VIH, los mismos que han ido cambiando y reforzándose en los diferentes niveles.

Estos antecedentes reflejan que hubo un progreso sugestivo de políticas y programas para prevenir y atender a los pacientes con el VIH. Desde un panorama general tenemos a la Constitución Política del Perú, el Plan Nacional de Derechos Humanos, entre otros, asimismo de manera específica existen normas en relación al VIH, así se tiene la Ley General de Salud, la Ley ContraSIDA - Ley 26626, el Plan Nacional de la Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva - Resolución Ministerial 195-2005, el Plan Estratégico Multisectorial 2007-2011 para la prevención y control de ITS y VIH/SIDA en el Perú - Decreto Supremo 005-2007-SA, entre otros.

Concepto

La Organización Mundial de la Salud define al VIH como un virus que contagia las células del sistema inmunológico, de hecho, altera o invalida su función. Esta infección genera progresivamente un deterioro del sistema inmunológico, generando un déficit inmunitario o inmunodeficiencia. El sistema inmunitario es deficiente cuando no cumple su función de lucha contra las enfermedades (Alonzo & Gomes, 2018, pág. 12). No obstante, es común tomar como sinónimos los términos VIH y SIDA, lo cual es incorrecto, dado que el SIDA constituye una fase de la infección provocada por el VIH.

Ahora bien, se denomina SIDA a la fase final de la infección por el VIH, esto se caracteriza porque se presenta un conjunto de enfermedades potencialmente fatales. El Sida es el resultado del debilitamiento del sistema auto inmune, específicamente de los linfocitos CD4.

Respecto al SIDA, Montiel (1995), citado por Cueto sostiene que su denominación mantiene una connotación muy técnica. “Síndrome” es una definición clásica de la medicina utilizada para el conjunto de signos y síntomas propias de una enfermedad. Por su parte, “Inmuno” se refiere al sistema inmunológico desde su condición funcional. Finalmente, “Deficiencia” en razón al sistema que no viene cumpliendo su función y “Adquirida” a raíz de la condición no heredada sino provocada por un virus (2001, pág. 24).

Formas de transmisión

El estigma frente al VIH, puede repercutir en pensar que el virus se transmite de manera casual mediante besos, abrazos, saludos, saliva, etc., sin embargo, son los fluidos corporales como la sangre, leche materna, líquido amniótico, líquido cefalorraquídeo, semen, fluidos vaginales, fluidos rectales, entre otros, los que adquieren importancia en la transmisión del VIH, toda vez que estos son pasibles de poseer una gran concentración viral en las personas contagiadas. Para ingresar a

nuestro organismo, el virus se vale de las membranas mucosas, también por los cortes o heridas en la piel.

Entonces, es relevante conocerlas, a pesar de que la presente investigación, solo se centrará en la transmisión sexual. Así se tiene:

a) Transmisión sanguínea

También es denominada transmisión parenteral porque el virus ingresa al organismo por vía intravenosa, subcutánea o intramuscular directamente al torrente sanguíneo.

Esta forma de transmisión se padece a través de la transfusión sanguínea contaminada con el agente o incluso mediante productos derivados de la sangre, por el intercambio de objetos o instrumentos punzo cortantes no esterilizados como agujas, jeringas, entre otros.

b) Transmisión vertical

Denominada además transversal, es entendida por el paso del virus desde la madre seropositiva a su menor hijo, esta forma de transmisión puede consumarse en tres momentos, el primero se presenta por la vía transplacentaria el cual se presenta por la infección prenatal del VIH en los primeros meses de gestación, mientras que el segundo puede presentarse durante el parto, puesto que el virus al estar presente en las secreciones y en la sangre, el neonato a su paso por el canal vaginal o cervical es pasible de infectarse, finalmente el tercero es representada por la lactancia materna, la necesidad de alimentar al bebe puede generar la infección, pero no solo por la leche materna sino además por el calostro.

c) Transmisión sexual

La transmisión del virus mediante las relaciones sexuales predomina en todo el mundo, independientemente de la orientación

sexual, tanto los herosexuales como los homosexuales, al tener relaciones sin la debida protección con un individuo que mantiene la infección, pueden contraer el VIH, puesto que su ingreso a nuestro organismo se realiza a través del intercambio y contacto de secreciones y fluidos con la mucosa genital, rectal u oral.

Asimismo durante la penetración o el acto sexual puede generarse lesiones microscópicas en los órganos reproductores, que permiten el ingreso de estos fluidos corporales, siendo las prácticas anales las de mayor riesgo, seguidas por las vaginales y orales (Almonte, 2019, pág. 31).

Fases evolutivas del VIH

Según Codina, Martín, & Ibarra la replicación del virus es un proceso dinámico y activo que inicia con la infección aguda y perdura durante todo este proceso, incluso en la etapa de latencia clínica (2002, pág. 1495).

El VIH se distingue por tres fases evolutivas, en ausencia de tratamiento, sin embargo es preciso señalar, como ya ha sido advertido, que la infección es irreversible, es decir no tiene cura, pero el tratamiento mediante medicamentos puede retardar o impedir que el virus avance de una etapa a otra.

a) Fase de infección aguda

Luna refiere que la infección aguda por el virus es la fase temprana de la infección, la cual se manifiesta en el lapso de dos a cuatro semanas después de la adquisición de la infección (2018, pág. 41).

Este periodo ventana se distingue por la multiplicación masiva del virus en el cuerpo humano. Asimismo, se caracteriza desde el punto de vista clínico por 2 situaciones: puede ser asintomática, como ocurre en la mayoría de los casos, o sintomática, donde el cuadro clínico presenta síntomas muy variados, entre los cuales

figuran: generales (fiebre, faringitis, linfadenopatías - cuadro parecido al de la mononucleosis infecciosa, artralgias, mialgias, anorexia y pérdida de peso), dermatológicos (erupción eritematosa maculopapular, urticaria difusa y alopecia), gastrointestinales (náuseas, vómitos, diarrea y ulceraciones mucocutáneas), neurológicos (cefalea, dolor retroorbitario, meningoencefalitis, neuropatía periférica, radiculitis y síndrome de Guillain-Barré) (Olivares, 2018, pág. 31).

Las personas seropositivas pueden contagiar durante cualquier etapa de infección, sin embargo el riesgo aumenta considerablemente durante la fase aguda, por que la concentración del virus es alta.

b) Fase crónica

Esta etapa se caracteriza por el estado latente del virus, el portador es asintomático, no obstante el virus se multiplica permanentemente.

Olivares indica que “se calcula que, en un sujeto infectado, diariamente se producen entre mil y diez mil millones de nuevas partículas virales y son destruidos alrededor de cien millones de linfocitos T CD4” (2018, pág. 31).

Si el portador no está sometido a tratamiento médico, la infiltración evoluciona a la última etapa, SIDA. Al finalizar, la carga viral empieza a subir y por lo tanto las células CD4 comienzan a disminuir.

c) Fase SIDA

El Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida es la etapa más grave de la infección. La carga viral es muy alta en esta fase, por lo tanto es muy contagiosa.

Codina, Martín, & Ibarra refieren que con el tiempo se da una incapacidad progresiva del sistema inmunitario para contener la replicación viral, que junto a la emergencia de variantes más agresivas aumentarán la destrucción inmunológica, desplazará ese equilibrio entre virus y huésped a una fase de replicación viral acelerada y de profunda inmunosupresión (2002, pág. 1496).

Esta última fase se caracteriza porque el VIH destruye el sistema inmunitario, y el organismo ya no puede resistir, mucho menos combatir contra las infecciones oportunistas, estas últimas son la causa más común de muerte de las personas seropositivas.

2.2.2. Responsabilidad civil

Antecedentes

Para comprender su naturaleza y codificación es necesaria su explicación a través de sus antecedentes históricos, la misma que puede entenderse como tal a partir del derecho romano, sin embargo es preciso señalar que en principio los daños irrogados eran saciados con la sed de venganza, así se denota de nuestros orígenes.

Esta característica representa a la justicia primitiva, la cual fue preponderante dentro de las relaciones particulares subjetivas de los pueblos en la antigüedad, empero la violencia era inherente a la sed de venganza dado que esta se encuentra vinculada a la fuerza.

Para el profesor Leysser León “(...) la venganza fue el primer mecanismo de composición del conflicto social generado por la comisión de un daño. La venganza se concreta en el hacer padecer al dañador en la misma medida que ha padecido el damnificado” (2017, pág. 169).

De igual manera Almodóvar indica que la venganza es una propensión natural de la supervivencia humana, tan instintiva como la que manifiesta un animal cuando se siente acosado por otro ser viviente, e incluso, por un objeto inanimado. Es comprensible que, en las poblaciones más

primitivas, la respuesta de la persona agredida fuera la violencia (2012, págs. 9-10).

Precisamente para esta forma de justicia primitiva la solución era la venganza, dado que representaba el desagravio por el daño sufrido, más aún cuando se carecía de un sistema que regulase las relaciones subjetivas, así se tiene que los vestigios del Derecho eran ajenos a estos escenarios, por lo que la víctima se autocompensaba.

“Más tarde la venganza es organizada por el grupo y así resulta monopolizada por la autoridad social” (De Trazegnies, 2001, pág. 33). En efecto, el Derecho en un intento de regular este tipo de situaciones empezó a sofrenar los niveles de la reacción del hombre ante el padecimiento de daños, es decir, empezó a poner límites a la venganza.

Así se tiene, a la Ley del Tali3n que eregía la justicia retributiva como imposición de un castigo igual al crimen cometido, de ella se desprende el aforismo latino “*ojo por ojo y diente por diente*”, si bien es cierto la Ley del Tali3n se remonta a una 3poca aún más antigua, proscrita en el C3digo Hammurabi. Es con este C3digo que se manifiesta un r3gimen precario de resarcimiento, limitando el sufrimiento al culpable de manera equivalente al da3o que 3ste haba ocasionado.

Sin embargo, recientemente se inhibe a la venganza y exige la concentraci3n del ejercicio de la autoridad para la resoluci3n de conflictos frente al padecimiento de da3os a trav3s del Derecho Romano, asimismo se implanta una organizaci3n donde se establece derechos y obligaciones recíprocas, conocida como la *Lex Aquilia*.

La *Lex Aquilia* (siglo III a.C.) establecía supuestos de hecho que generaban responsabilidad, consecuentemente atribuían una sanción pecuniaria al causante del da3o injusto (*damnum iniuria datum*) al patrimonio (M3ndez, 2019, pág. 174).

En palabras del profesor De Trazenies la *Lex Aquilia* era concebida como una norma que preservaba la vida y la propiedad por medio de la tutela indemnizatoria para situaciones específicas ante su afectación (2001, pág. 34).

Según Schipani citado por Méndez (2019, pág. 174) la *Lex Aquilia* reunía los siguientes elementos como antecedentes: Así en principio se exigía que la **conducta** tenía que ser imputable, es decir debía existir voluntad del agente capaz. Asimismo, la conducta humana era evaluada a fin de determinar la existencia del dolo o culpa.

Por otro lado, se tiene al **nexo causal**, donde se valoraba la existencia entre el hecho y el daño producido, siendo necesario este último para la configuración de la responsabilidad.

Ahora bien, respecto a la antijuricidad era concebida como **iniuria**, “que consistía en el dato de que el daño no fuera conforme a Derecho. No queda sometido a la acción de la *Lex Aquilia* quien produce el daño ejercitando un derecho propio o quien actúa en legítima defensa o en estado de necesidad” (Diez Picazo, 1999, pág. 68).

Finalmente, como elemento se tiene al **daño producido**, caracterizado por la afectación de la función o la existencia de la cosa, es decir cuando se producía el daño a la cosa, mediante dolo o culpa, recaía en el actor la obligación de indemnización.

Entonces la *Lex Aquilia* era “entendida como una pena privada que debía ser equitativa respecto al daño producido en la cosa ajena”. (Méndez, 2019, pág. 175).

“Los principios que regían el daño a las cosas, encontraron una aplicación analógica en las lesiones corporales sufridas por las personas” (Diez Picazo, 1999, págs. 68-69). De esta manera la *Lex Aquilia*, tutelaba casos de lesiones corporales o de muerte y el resarcimiento se extendía desde los gastos de curación, las ganancias

dejadas de obtener hasta la disminución de la capacidad para adquirir en el futuro.

De lo expuesto, podemos afirmar que la *Lex Aquilia*, es el antecedente más íntimo a la responsabilidad civil.

Concepto y naturaleza jurídica

El derecho de la responsabilidad civil o derecho de daños se encuentra, en los momentos actuales, en un punto muy sensible de indefinición, pues convergen en él las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas su evolución hacia una significativa ampliación y, al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a una cierta dosis de restricción. (Diez Picazo, 1999, pág. 19)

Si bien es cierto, en la evolución que ha tenido esta institución cada vez se ha ido perfilando la responsabilidad civil, la indefinición referida puede denotarse de la falta de desarrollo específico en la doctrina y jurisprudencia, en la correcta delimitación de los fenómenos y soluciones que recaen en las pautas de la responsabilidad, las mismas que al ser estudiadas se impurifica de información que debe ser restringida de acuerdo a un análisis dogmático y pragmático.

El profesor León refiere que la responsabilidad civil “significa un fenómeno que consiste en que el ordenamiento haga de cargo de una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro” (2017, pág. 145). Las normas de responsabilidad civil garantizan, pues, la integridad de las situaciones jurídicas, al determinar que, en presencia de determinados criterios de imputación, los perjuicios causados sean asumidos y resarcidos por alguien.

Por su parte, el profesor Espinoza ha establecido que se puede definir a la responsabilidad civil “como una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al

responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado” (2016, pág. 49).

En el Código Civil vigente se ha establecido a la responsabilidad civil como un medio de tutela o protección para los particulares ante el padecimiento de daños (situación jurídica subjetiva), como la afectación de sus intereses o la amenaza de los mismos. Sin duda, la responsabilidad civil constituye uno de los pilares fundamentales del derecho civil, puesto que busca que todo daño sufrido, de carácter patrimonial o extrapatrimonial, sea resarcido, mas ello denota un conjunto de elementos para su perfección.

Debe entenderse que la responsabilidad civil surge en el momento (patológico) de la lesión de situaciones jurídicas y, como consecuencia de ello, se origina -además- el estado de sujeción del patrimonio del dañante (u obligado) respecto de la víctima (o beneficiario) a efectos de pagar la indemnización correspondiente.

Finalmente, el profesor Fernández Cruz indica que en la responsabilidad civil se plasma la denominada “tutela resarcitoria” como medio de protección concedido a los particulares contra los daños injustamente sufridos, que se materializa a través de una obligación de resarcimiento conocida también en nuestro medio como la indemnización de daños y perjuicios” (2019, pág. 15).

La tutela resarcitoria es consecuencia del amparo de la responsabilidad civil, es decir el Estado tutela resarcitoriamente a las víctimas que han sufrido daños injustos, cuando este sea determinado mediante un proceso judicial.

Ahora bien, la responsabilidad civil bifurca en dos sistemas, inejecución de obligaciones (responsabilidad contractual) y responsabilidad extracontractual (responsabilidad *aquilliana*). Empero, estos sistemas están prescritos en apartados distintos dentro del Código Civil de 1984 y

tutelan situaciones distintas frente a los daños injustamente sufridos, sin embargo comparten los mismos elementos para su configuración.

Tal es así que Soto indicando su vitalidad refiere que la responsabilidad civil es una de las más importantes áreas del derecho privado que tiene por finalidad imponer la obligación al autor de un daño de indemnizar a su víctima, bien sea como consecuencia del incumplimiento de un contrato (responsabilidad contractual) o de la comisión de un hecho ilícito (responsabilidad extracontractual) (2015, pág. 29).

Igualmente Chaparro refiere que, esta institución jurídica tiene como finalidad obligar al agente resarcir a la víctima, por el daño ocasionado, ya sea por el incumplimiento contractual o por la comisión de un acto ilícito (2017, pág. 23).

En efecto, cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. (Taboada, 2001, pág. 23)

Situación distinta ocurre cuando el daño no es producto del incumplimiento de la prestación de la relación obligatoria, sino más bien, de un deber jurídico denominado *alterum non laedere*, caracterizado como la responsabilidad *aquiliana*.

La responsabilidad civil extracontractual es consecuencia entonces del incumplimiento de un deber jurídico genérico, mientras que la responsabilidad civil obligacional o contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado relación jurídica obligatoria. (Taboada, 2001, pág. 23)

Es preciso reafirmar que nuestro código civil, regula estos sistemas en secciones distintas, sin embargo, los elementos que requiere para la configuración de ambas son comunes. Tal es así que se exige, para su

existencia, de cuatro elementos progresivos como son: antijuricidad, daño causado, nexo causal y factor de atribución.

Asímismo, la responsabilidad extracontractual matiene un área amplio de operación, a diferencia de la inejecución de obligaciones, no solo se limita a una obligación preconstituida o a una obligación contractual. Por lo tanto, como bien se ha referido al inicio, la responsabilidad *aquiliana* será la piedra angular del objeto de esta investigación.

Responsabilidad civil extracontractual

Denominada también responsabilidad *aquiliana*, es concebida ante a la infracción del deber de no dañar a otros, por lo que el interés que se tutela es la persona y su patrimonio que puede, como tal, ser lesionado por cualquier agente. Aunado a ello, puede referirse que en este sistema no existe una relación precedente entre el agente y la víctima.

Nuestra sociedad, como cualquiera, se caracteriza por los riesgos que contiene, máxime cuando día a día puede modificarse la realidad mediante hechos o acciones incluso involuntarios. Siendo ello así, el Estado pretende lograr que la responsabilidad beneficie a la sociedad en conjunto, ante los riesgos que esta presenta (Chaparro, 2017, pág. 22).

De cierta manera, ante la existencia de daños, el sistema jurídico no puede enmendarlos; sólo se circunscribe a aliviar o apaciguar los problemas económicos que derivan del daño causado. De hecho, el sistema determina quién va a soportar las consecuencias económicas del daño. (De Trazegnies, 2015, pág. 30)

Alterum non laedere

La base fundamental de la responsabilidad *aquiliana* se encuentra en las *tria iuris praecepta*, compuesta por los aforismos latinos *honeste vivere*, *alterum non laedere*, *suum cuique tribuere* formulados por el jurista romano Ulpiano (Navarro & Veiga, 2013, pág. 22). Si bien, el deber de no dañar a otro, puede recogerse de los aforismos latinos como *neminem*

laedere o *alterum non laedere*, no menos cierto es que dicho deber encuentra amparo legal en el artículo 1969 del C.C., y permite proteger todo tipo situaciones jurídicas subjetivas pasibles de daño a discrecionalidad del juzgador, indubitadamente el hecho generador del daño tiene que ser sometido a un examen jurídico para determinar su resarcibilidad.

Al respecto, Gastón Fernández indica que “el deber general de no causar daño a otro, que es conocido como el deber de no injerencia dañosa en la esfera personal ajena (*alterum non laedere*). En ese caso, solo se presenta un escenario de responsabilidad civil cuando se verifica un daño, ya que antes de que ello ocurra, en la etapa fisiológica o de cumplimiento del deber general, no solo no hay una relación jurídica -en sentido estricto-, sino que tampoco hay afectación patrimonial alguna en el sujeto titular de aquel deber” (2019, pág. 21).

De esta manera, una de las funciones trascendentales de la responsabilidad es el resarcimiento a la ha sufrido un daño injusto, atribuyendo al agente dicha obligación de manera íntegra, a efectos de poner a la víctima en una situación equivalente a antes de la producción del detrimento, a través de las pautas del derecho civil.

Elementos constitutivos

Para la concurrencia de la responsabilidad, el sistema requiere la constitución de elementos específicos, sólo así puede exigirse al responsable el resarcimiento del daño ocasionado. Al respecto, la doctrina es unánime al referir que son cuatro sus elementos conformantes, los cuales serán desarrollados a continuación.

a) Antijuricidad

Durante mucho tiempo, la responsabilidad se estructuró sobre la base de la antijuricidad (o ilicitud) de una acción humana. No había responsabilidad sin una conducta antijurídica. Esta noción no ha

desaparecido. La antijuricidad sigue siendo la base misma de la responsabilidad y de todo el sistema jurídico. (Molina, 2020, pág. 71)

Quizás uno de los aspectos que más ha evolucionado en las últimas décadas, es la concepción de la antijuricidad, para muchos autores este presupuesto no es imprescindible, para otros la noción de antijuricidad tradicional ha sido superada por el daño injusto, teoría que será desarrollada dentro del extremo de las características del daño.

Dentro de exclusión de la antijuridicidad se tiene por ejemplo a Jalil quien señala que “la necesidad de que exista un hecho descrito previamente, establecido por el ordenamiento jurídico como recaudo necesario para imponer la sanción (antijuridicidad en sentido tradicional) no resulta un recaudo insoslayable para atribuir responsabilidad” (2020, pág. 119). Por lo que asevera que la doctrina contemporánea puede prescindir de este elemento sin ninguna afectación al instituto de la responsabilidad civil.

En ese orden Fernandez refiere que “la calificación del hecho antijurídico o no antijurídico no tiene ninguna trascendencia en la identificación del hecho generador como causa del daño” (2019, pág. 123).

Empero, basta examinar la interpretación de la Corte Suprema a fin de darnos cuenta que la antijuricidad tiene cierta estabilidad como presupuesto de la responsabilidad.

Así se tiene la sentencia emitida por la Sala Civil Transitoria mediante la Casación N° 1542-2004-Chincha, de fecha 20 de setiembre de 2005, en su considerando primero, que establece que “la responsabilidad extracontractual exige la concurrencia de cuatro elementos: a) la antijuridicidad del evento dañoso, que puede ser eximido cuando existan causas de justificación o se actúe en

ejercicio regular de un derecho conforme a lo previsto en el artículo 1971 del Código Civil; b) La existencia de los factores de atribución (...); c) la relación de causalidad entre la acción u omisión generadora del daño y el evento dañoso, que exige el artículo 1985 del Código Civil, en cuanto establece que debe existir una relación adecuada entre el hecho y el daño producido; y d) el daño producido, que puede consistir en el lucro cesante, daño emergente, el daño a la persona y el daño moral”.

Por su parte también la Sala Civil Transitoria mediante la sentencia en la Casación N.º 3470-2015 Lima Norte, de fecha 09 de setiembre de 2016, considerando tercero, indica que “se han establecido cuatro elementos conformantes de la responsabilidad civil y estos son: 1) la antijuridicidad; entendida como la conducta contraria a la ley o al ordenamiento jurídico; 2) El factor de atribución; que es el título por el cual se asume responsabilidad (...); 3) el nexo causal o relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido; y 4) el daño, que es consecuencia de la lesión al interés protegido (...)”.

De esta manera no podemos, de acuerdo a la judicatura, dejar desapercibido a la antijuridicidad, la cual en palabras de Lizardo Taboada “es uno de los requisitos fundamentales de la responsabilidad civil en general, por cuanto se entiende que sólo nace la obligación legal de indemnizar cuando se causa un daño a otro u otros mediante un comportamiento o conducta que no es amparada por el Derecho (...)” (2001, pág. 35).

Por lo que se comprende que la antijuricidad requiere que la acción humana incurra en antijurídica, es decir que la conducta sea contraria a Derecho, para el nacimiento de la obligación de resarcimiento.

No obstante, la antijuricidad en la responsabilidad *aquiliana* se manifiesta por la infracción del principio *alterum non laedere*, lo cual

merece la calificación de antijuridicidad material, es decir carece de tipicidad por lo que todo hecho generador de un daño recae en antijurídico, a excepción de las causales de justificación. Así, Espinoza refiere que la responsabilidad, por medio del principio de atipicidad, logra explorar y proteger nuevas situaciones jurídicas (2016, pág. 53).

b) Nexo causal

“La responsabilidad y la causalidad son consustanciales: en efecto, no se puede exigir a una persona a reparar un daño, en cuya realización no formó parte”. (Brun, 2015, pág. 229)

El nexo causal condesciende en imputar a una persona como el generador de un hecho cuya causa produce el daño por el cual se solicita el resarcimiento. Sin embargo, la relación de causalidad no puede agotarse en una relación de tipo naturalista entre causa y consecuencias, sino se debe conducir y resolver, en los términos de un juicio idóneo a expresar la carga de los valores ínsita en la afirmación de la responsabilidad (Scognamiliglio citado en Espinoza, 2016, pág. 240).

En ese orden de ideas, Bullard indica que usualmente se suele entender que el nexo causal se define sobre la base de una relación de causa natural (relación causa-efecto), a la que la doctrina denomina causa sine qua non. Bajo tal concepción un daño es consecuencia de una acción, si se puede establecer como relación lógica que de no haberse desarrollado la acción, esta consecuencia no habría ocurrido (2015, pág. 296).

Efectivamente, la teoría de la causa inmediata o próxima es insuficiente para la imputación como generador de un hecho que concluye en un daño determinado, por ello el artículo 1985 del Código Civil ha consagrado a la teoría de la causa adecuada para determinar el nexo causal en la responsabilidad *aquiliana*.

Asimismo Fernandez, refiere que para la teoría de la causa adecuada “ha de existir una relación de causalidad entre un daño y el hecho generador, cuando aquel es consecuencia lógica y necesaria del hecho que lo produjo” (2019, pág. 132).

La causalidad adecuada permite inferir al juzgador que el daño ha de ser predecible por la conducta irrogada, o sea es necesaria la idoneidad de la acción en la repercusión de una consecuencia a través de la probabilidad, esto de acuerdo a estándares normales, es decir la consecuencia normal de la producción del daño, ello para desincentivar conductas dañosas. Por ello, para su configuración se requiere el cumplimiento de un factor *in concreto* e *in abstracto*.

“Un factor *in concreto* debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material, lo que significa que en los hechos la conducta debe haber causado el daño, es decir, el daño causado debe ser consecuencia fáctica material de la conducta antijurídica del autor”. (Taboada, 2001, pág. 76)

Mientras que el “el factor *in abstracto* debe entenderse en los siguientes términos, la conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado. Si la respuesta a esta interrogante es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido con el factor *in concreto*”. (Taboada, 2001, pág. 77)

c) Criterio de imputación

Este elemento influye en el fundamento de la imputación, ¿a título de qué responde el actor?, si bien en el Perú el criterio de imputación o factor de atribución determina la responsabilidad del

actor, esta se circunscribe a caracteres subjetivos y objetivos de manera opuesta.

Este elemento determinará quién y porqué debe soportar las consecuencias económicas del daño. Constituye el fundamento o justificación por el cual el daño se traslada económicamente del sujeto dañador a la víctima (Krieger & Jalil, 2021, pág. 61).

Así, el criterio de imputación es la base del deber de resarcimiento, dentro de los cuales existen criterios de carácter subjetivo, como la culpa y el dolo, y objetivos, como el riesgo o el peligro (Espinoza, 2016, pág. 183).

Si bien el criterio subjetivo tiene como cimiento a la culpa, esta debe concebirse en un sentido lato, puesto que abarca desde el dolo hasta el tridente que compone la culpa propiamente: negligencia, imprudencia e impericia. Por otro lado, el factor objetivo nace del riesgo o peligro generado por el actor.

- Criterios subjetivos

Como bien se ha referido, el artículo 1969 del C.C. establece a la culpa como el fundamento del criterio subjetivo y cláusula general de la responsabilidad *aquiliana*, empero la de culpa exige, más allá del daño, que sea el resultado del dolo o la culpa, puesto que, por el contrario, a pesar de la existencia del daño y nexo causal, no habría responsabilidad por parte del actor.

Asociado a ello existe una presunción generalizada del dolo o culpa, lo que genera que el actor tenga la carga de la prueba respecto de su conducta dañosa.

Para el derecho civil, el dolo y la culpa son las dos variedades de actuación culposa (Torres V. A., 2015, pág. 329). Estos

criterios, referenciados conjuntamente como “culpabilidad”, componen los factores tradicionales de la responsabilidad.

Dolo

La intención del actor de generar el daño, es el fundamento del dolo, el cual se contrapone con la culpa, dado que, predomina el elemento volitivo.

En palabras de Alpa el comportamiento doloso se identifica en aquella hipótesis en donde el actor se encuentra determinado intencionalmente a dañar a otros, pero también en aquellas en las que es indiferente respecto a los resultados de la conducta dañosa (2016, pág. 325).

Culpa

“La culpa debe ser entendida como una ruptura o contravención a un estándar de conducta” (Espinoza, 2016, pág. 195), es decir bajo el tridente que la compone esto es la negligencia, impericia o imprudencia. La culpa implica una imputación de menor grado, ello supone una disminución del *quantum* resarcitorio, a diferencia del dolo. No obstante la valoración de la culpa bifurca desde los siguientes planos: Culpa in abstracto, denominada también culpa objetiva, se requiere que el agente no cumpla con el parámetro determinado por el ordenamiento en su concepción abstracta ocasionando de esta manera el daño. Determinar la culpa *in abstracto* puede resultar más sencillo, dado que solo basta con probar la violación del ordenamiento. La responsabilidad del agente, en función de la culpa, se funda porque la conducta adoptada de éste no condice con la cautela o

cuidado necesario y obligatorio para las relaciones ordinarias de nuestro entorno.

Entonces el parámetro, prescrito por la autoridad, tiene sus cimientos en circunstancias abstractas que buscan evitar la lesión de intereses, esto es, el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la Culpa *in concreto*, denominada a su vez como culpa subjetiva, aquí se requiere la violación del parámetro general de conducta, en otras palabras “se determina de conformidad con los criterios de previsibilidad” (Alpa, 2016, pág. 332).

Entonces, en la culpa subjetiva “se valora especialmente al sujeto autor de la conducta y todas las circunstancias que rodean específicamente la conducta en cada caso puntual” (Molina, 2020, pág. 202). De esta manera Fernandez indica que “se deben analizar tres circunstancias: las condiciones personales del sujeto, el tiempo en que se desarrolla la acción y el lugar en donde se desarrolla la conducta” (2019, pág. 147).

- **Criterios objetivos**

Como criterio antagónico al criterio subjetivo basada en la culpabilidad, el Derecho Civil ha adoptado la teoría de la responsabilidad objetiva, el cual se encuentra fundado sobre la base del riesgo creado.

Actualmente, las actividades del ser humano genera riesgos adicionales en sus relaciones con la sociedad (Fernández, 2019, pág. 149). Por lo que, esta idea del riesgo esta basada en la actividad humana, y esta a su vez supondría un riesgo adicional por el uso de bienes o, la realización de acciones que suponen un riesgo o peligro.

“El riesgo lícito se basa en la premisa que, si bien es cierto que el ordenamiento jurídico permite realizar (ciertas) actividades riesgosas, se deberá responder por los daños que se causen”. (Espinoza, 2016, pág. 210)

No obstante, Espinoza amplía la concepción de responsabilidad objetiva, no solo limitándose al riesgo creado sino también a la situación de ventaja y aquellas dispuestas como tales por el sistema (2016, pág. 208).

De esta manera, basta acreditar el daño causado, la relación de causalidad y que se ha tratado de un daño producido mediante un bien o actividad que supone un riesgo adicional al ordinario y común y que por ello mismo merecen la calificación de riesgosos (Taboada, 2001, págs. 99-100).

Consecuentemente, el agente que genera un daño tiene la obligación de resarcir, aunque no haya tenido la culpa.

d) Daño

Zannoni (2005) citado por Torres M. M. ha establecido que “el daño es inherente a la obligación de resarcir o, si se prefiere, a la responsabilidad civil. Al extremo de que, como se suele afirmar, no hay responsabilidad sin daño” (2019, pág. 127).

De manera coloquial el término daño denota distintas acepciones como detrimento, menoscabo, perjuicio, pérdida, afectación entre otros, que recaen en situaciones negativas, a pesar de ello, y partiendo de estas “sinonimias” el daño es intrínseco al deber de resarcimiento. Empero la idea de que el daño es una situación negativa implica dar un concepto escueto, puesto que esta debe relacionarse con el Derecho para así lograr resarcirlo ante su padecimiento.

Así también, el Leysser enseña que en el discurso cotidiano el término “daño” sirve para nominar situaciones negativas. En perspectiva jurídica, el daño es una condición desfavorable para un sujeto de derecho, que merece ser resarcida siempre que el evento que la ha producido afecte una posición protegida por el ordenamiento y cuando sea imputable a otro sujeto, según un juicio reglamentado por la ley; todo lo cual conforma el fenómeno de la responsabilidad civil (2001, pág. 37).

Pero, en principio debe entenderse que el daño para ser concebido como tal, sufrió una transición que empezó como una afectación a los derechos subjetivos o bienes jurídicos, posteriormente como la lesión a intereses jurídicamente protegidos, y concluyó, como la lesión a intereses tutelables o legítimos, tal como se entiende al daño en la actualidad.

El profesor Brun sostiene que “el daño se refiere a cualquier lesión de un interés patrimonial o extrapatrimonial sufrido por una persona y que puede consistir en una pérdida o, también, en una pérdida de beneficios” (2015, pág. 185).

En efecto, el daño supone un detrimento como resultado de un hecho generador, que puede ser comprendido por un acontecimiento o evento determinado, ya sea directo o indirecto, que va a repercutir en el padecimiento de una persona en su esfera patrimonial o extrapatrimonial jurídicamente protegida.

En ese orden de ideas, los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre, expusieron como daño “a todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial” (2003, pág. 373).

El daño consiste en una valoración en términos económicos de la situación, nueva y desfavorable, propiciada por el evento; situación

que impone al damnificado decidir si sobrelleva el estado de hecho (y mantiene viva su necesidad), o si actúa para erradicarlo (mediante alternativas satisfactorias) (León, 2001, pág. 37).

- **Características del daño**

A fin de que el daño sea estimado como “daño resarcible”, en el ordenamiento jurídico se ha previsto el cumplimiento de ciertos caracteres que deben presentarse copulativamente, en consecuencia no cualquier lesión sería relevante para la responsabilidad. Entonces estos caracteres requieren que el daño sea cierto, subsistente, específico e injusto.

Certeza del daño

“La certeza del daño se encuentra referida a la realidad de su existencia. Este requisito impone, a quien solicita el resarcimiento, la carga de probar la existencia del perjuicio” (Torres M. M., 2019, pág. 129).

Siendo así, para que el daño sea considerado como cierto, esta debe reflejarse en la realidad, es decir la acción dañosa que genera el perjuicio, sea en el aspecto patrimonial o extrapatrimonial, debe de materializarse en la realidad, por lo que queda desterrado desde el plano de la certeza, las situaciones hipotéticas o basadas en suposiciones.

“(...) la certeza de la condición de daño no es un obstáculo para tomar en cuenta la simple probable pérdida por parte de la víctima de ver realizado un evento favorable a esta; pero luego, ante una situación de daño específico, la compensación es acordada”. (Brun, 2015, pág. 191).

Aun así, la certeza del daño ha de observarse, para su comprobación, desde dos perspectivas la primera a partir del plano fáctico, mientras que la segunda desde el plano lógico.

Como indica el profesor Fernández la certeza fáctica se refiere a la constatación de que el daño se ha producido en el plano fáctico, lo cual se enmarca en la necesidad de que el daño deba ser reconstruido a través de un análisis ex post facto. (...) Por su parte, la certeza lógica del daño alude a la necesidad de que el daño sea una consecuencia lógica y necesaria del hecho que lo ha producido; es decir, se alude a la comprobación del daño como «consecuencia» (2019, pág. 64).

Por lo tanto, la certeza fáctica implica al daño como evento, situación distinta recae en la certeza lógica, la cual involucra al daño como consecuencia, entonces la certeza del daño se encierra en comprobar el menoscabo como evento - consecuencia. De esta manera, cuando se posea certeza real y lógica, se reputa como daño resarcible.

Subsistencia del daño

Una vez analizado la certeza, es imprescindible que el daño al interés tutelado no se haya resarcido anteriormente, es decir que el daño sea subsistente en cuanto a su desagravio, lo contrario excedería la función de la responsabilidad civil, esto admitiría una extra satisfacción o un doble resarcimiento.

Si bien el daño ha podido ser en un contexto pasado, es posible que su resarcimiento o reparación se encuentre subsistente, empero si el daño no se encuentra

subsistente, es decir ya se ha reparado esta no puede ser fundamento para su acción.

En esa línea de ideas, la subsistencia del daño supone que el daño no debe haber sido reparado con anterioridad; ello en la medida que la función esencial de la responsabilidad civil en la perspectiva diádica es restablecer el statu quo existente en la etapa previa a la comisión del daño. (Fernández, 2019, pág. 68)

Especialidad del daño

Respecto a la especialidad del daño, debe identificarse al sujeto de derecho, que ha sufrido el daño, toda vez que el daño es personal, pero esto no encuentra su límite en la legitimidad para obrar, sino más bien “implica que para que el daño sea resarcible es necesario identificar el interés tutelado afectado por el daño, así como al sujeto que es su titular”. (Fernández, 2019, pág. 75)

Ello denota que, la especialidad es de carácter personal, es decir es necesario que el sujeto de derecho que exige el resarcimiento debe ser el mismo que ha sufrido la lesión al interés jurídicamente tutelable.

“Se trata, en consecuencia, de un requisito del daño resarcible íntimamente ligado con la legitimación para reclamar la reparación, pues solo al titular del interés jurídico afectado, o a sus herederos, otorga el ordenamiento jurídico dicha prerrogativa”. (Rojas Quiñones, 2015, citado por Torres M. M., 2019, pág. 130)

Entonces es necesaria su concordancia con las reglas procesales de la legitimación para obrar para el

cumplimiento de este requisito. Situación que no solo tiene efecto para la determinación del daño, sino también para realizar un juicio de fundabilidad de la pretensión resarcitoria.

- **Clasificación de los daños**

Catalogar a los daños parece ser una cosa sencilla, pero ello no es del todo cierto, dado que a medida que se ve reflejado un estudio profundizado, nos encontramos ante zonas grises en cuanto su clasificación. Tal es así, como el concepto oneroso de los daños extrapatrimoniales.

Tamayo citando a Henao, nos explica que el reconocido profesor considera que todos los daños tienen carácter patrimonial, puesto que los daños sin contenido económico también afectan el patrimonio, en otras palabras los intereses lesionados con contenido económico o no, conforman el patrimonio de una persona, por lo que se prefiere denominar daños materiales y no materiales (2015, pág. 199).

No obstante, la doctrina es unánime al clasificar a los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales, esto de acuerdo a su naturaleza. De esta manera, “el daño patrimonial es aquella lesión que afecta el patrimonio de los sujetos o, en general, a sus derechos patrimoniales. A su turno, el daño no patrimonial es aquel que afecta la integridad del sujeto como una entidad psicosomática, así como los derechos de la personalidad”. (Fernández, 2019, pág. 97).

Daños patrimoniales

Comprenden a los intereses lesionados que contienen una naturaleza económica u onerosa. Esencialmente, el patrimonio de la víctima se encuentra afectado por su

reducción o disminución en cuanto a su valor económico.

Entonces, “el daño patrimonial consiste en una afectación a los intereses económicos de la víctima. Este puede consistir más bien en una pérdida probada (*damnum emergens*), que en una ganancia dejada de obtener (*lucrum cessans*)” (Brun, 2015, págs. 213-214).

Al respecto, el profesor De Trazegnies refiere que “el daño no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas, sino que, por regla general, hace estallar la situación en diversos fragmentos económicamente dañinos” (2016, pág. 33). En efecto, las consecuencias económicas padecen de una dualidad, usualmente, entre el daño emergente y el lucro cesante.

Finalmente se puede colegir que “el daño patrimonial es entonces reparable bien cuando resulte de una afectación a los bienes o a la persona, o cuando los intereses económicos de la víctima se vean directamente afectados” (Brun, 2015, pág. 214).

Daño emergente

Proviene del aforismo latino *damnum emergens*.

El daño emergente denota un empobrecimiento en la víctima, por lo que se pretende resarcir la pérdida sufrida, así este daño comprende la pérdida patrimonial ciertamente sufrida.

Asimismo, Fernandez indica que el daño emergente es entendido como el empobrecimiento que sufre el damnificado como consecuencia

directa y súbita del daño. De este modo, estamos en un escenario en el cual se extrae del patrimonio de un sujeto una utilidad que ya existía dentro de este al momento de acontecer el daño (2019, pág. 97).

Lucro cesante

Proviene del aforismo latino *lucrum cessans*.

En el lucro cesante el evento dañoso impide el enriquecimiento legítimo del sujeto, por lo que la utilidad impedida de percibir es el resultado futuro del evento dañoso. Así, este daño constituye la pérdida de una utilidad preliminarmente inexistente que la víctima hubiese conseguido si no se hubiera producido el hecho generador del menoscabo.

Empero, como bien refiere Torres B. M., por lucro cesante no debe entenderse el ingreso bruto sino únicamente la ganancia o el rédito que el damnificado obtendría de no haberse producido el evento dañoso” (2021, pág. 100).

Finalmente, el lucro cesante es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir.

Daños extrapatrimoniales

Si los daños patrimoniales comprenden lesiones a los intereses económicos, los daños extrapatrimoniales, por el contrario, suponen la vulneración de los derechos fundamentales como la vida, la salud, la integridad física, entre otros o de la órbita afectiva de la víctima. Entonces dentro de la clasificación realizada de los daños, la particularidad y fundamento se centró en la naturaleza

del interés lesionado, sea este de carácter material o inmaterial.

En palabras de Espinoza la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo (concebido como daño no patrimonial a los sujetos de derecho) comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y al daño moral definido como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos y psíquicos, etc, padecimientos por la víctima que tienen el carácter de efímeros y no duraderos (2016, págs. 301-302).

Asimismo, Brun considera que el daño extrapatrimonial instaure dos subcategorías: daño a la persona y el daño moral. Cuando la víctima ha sido afectada en sí misma, evidentemente importa tener en cuenta el sufrimiento que tuvo que soportar física y moralmente: estas son consecuencias extrapatrimoniales de daño corporal. Pero esto último no deja de tener implicancias patrimoniales (2015, pág. 215).

“El daño a la persona es concebido como daño a la integridad física, al que se agrega el daño moral” (Alpa, 2016, pág. 850). En efecto, el Código Civil adopta una dualidad del daño extrapatrimonial estableciendo de manera distinta y subordinada del daño moral frente al daño a la persona. En ese sentido podemos afirmar que ambas subcategorías comprenden una relación género a especie, así, el daño moral es un concepto restringido frente al daño personal, primero porque este último supone la afectación a un derecho de la persona, mientras que, el daño moral admite el sufrimiento producido como corolario del daño, empero ambas

categorías de daño padecen de esa característica de inmaterialidad.

“Se trata de daños independientes ontológica y lógicamente hablando, lo que significa que, en teoría, se pueden presentar con o sin la presencia de otros daños”. (Tamayo, 2015, págs. 200-201) Justamente, la relación mencionada no limita que ambas categorías de daños sean invocadas y resarcidas independientemente una de otra.

Ahora bien, el resarcimiento del daño abarca “especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”. (Molina, 2020, pág. 344). Por lo que, “la sentencia condenatoria por perjuicios extrapatrimoniales tiene por finalidad restituir a la víctima el bien lesionado o brindarle una satisfacción que repare el menoscabo producido a su honra, sus afectos o su alegría”. (Tamayo, 2015, pág. 204) No obstante, si bien su naturaleza es extrapatrimonial o inmaterial, es decir que no tienen contenido patrimonial directo, es necesaria su cuantificación a través de una metástasis económica para su resarcimiento, en casos de irreparabilidad integral.

Daño a la persona

Como bien se ha referido, el daño a la persona se sustenta por la protección de la persona en sí misma, y dada su naturaleza patrimonial comprende la tutela integral de la persona como entidad psicofísica. Al respecto, la Constitución

Política del Perú establece como fin supremo, la protección de la persona y el respeto de su dignidad, ello marca el fundamento para su protección.

Leysser León refiere que el daño a la persona comprende la lesión de la integridad psíquica y física o el menoscabo, considerado en sí mismo, de la salud del individuo. Se le ha definido, en tal sentido, como la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica (2019, págs. 348-349).

En efecto, toda alteración negativa a la entidad psicofísica de la persona, recae en la configuración del daño a la persona.

Daño moral

Del estudio de esta investigación se está optando por la teoría mayoritaria del daño moral como especie del daño a la persona, tal es así que debe entenderse por daño moral como la lesión a la esfera psíquica de la persona. Es decir nos circunscribimos a la esfera subjetiva de la víctima del daño.

Gastón Fernández indica que el daño moral, debe ser entendido como un subtipo especial de un concepto mayor que lo comprende (daño a la persona) pero con contornos especialmente definidos que a su vez lo diferencia y determina

alcances especiales en cuanto a su tratamiento: Será aquel que afecta a la psiquis y sentimientos de la persona humana (...), y que se refleja en un padecimiento y dolor espiritual, pero con una característica fundamental que lo diferencia de otros daños extrapatrimoniales, dado que altera el plano interior de la víctima y suele ser siempre de carácter temporal (2015, págs. 191-192).

Por otro lado, al daño moral se le considera como un desvalor espiritual que importa una modificación para la persona en su capacidad de entender, querer o sentir, en la aptitud para actuar, que se traduce en un modo de estar y desenvolverse, diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de este y perjudicial para la vida (Molina, 2020, pág. 343 citando a Zavala Gonzáles)

Justamente el desvalor espiritual referido, comprende la alteración subjetiva, empero no basta cualquier lesión a la esfera psíquica para el otorgamiento de un resarcimiento por esta categoría, si no que el daño moral sea tal que impida el libre desenvolvimiento de la persona en la cotidianidad que lo caracteriza.

De esta manera el daño moral, es aquella aflicción del espíritu que se manifiesta mayormente mediante estados psicológicos adversos, como depresión, ansiedad, fobias, estrés, angustia, decaimiento general y que produce una modificación lesiva de lo que la persona es y de lo

que la persona siente, impactando en su vida personal y de relación” (Valdivia, 2021, pág. 206).

2.3. Definición de terminos

Contagio:

Es la transmisión de una enfermedad por contacto, mediato e inmediato, con el agente patogénico que la causa.

Culpa:

Conducta del autor que recae en imprudencia, negligencia o impericia de la cual se deriva el daño, enmarcada como criterio de imputación subjetivo para la responsabilidad civil. Se califica bajo el criterio de la culpa al responsable que no adecuo su conducta frente a los parámetros mínimos establecidos por el ordenamiento jurídico.

Daño:

Es la modificación negativa de un estado material o inmaterial preexistente. Lesión de un interés personal.

Dolo:

Voluntad del sujeto de causar daño a otros, nótese que el autor intencionalmente busca producir el daño, sea material o inmaterial.

Enfermedad:

Alteración de la salud, que afecta la fisiología e integridad del ser humano.

Enfermedad endémica:

Es aquella que persiste de una forma continuada o eventual en una zona determinada. Se caracteriza por su regularidad.

Pandemia:

Es la propagación comunitaria de una enfermedad contagiosa que afecta a regiones geográficas extensas.

Sida:

Son las siglas del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, la misma que representa la última etapa de la contaminación del VIH y se identifica por la presencia de enfermedades oportunistas e irremediables.

Sistema inmunológico:

El sistema inmunitario ayuda a combatir infecciones, como bacterias y virus, a través de una reacción en conjunto de células, tejidos, órganos y sustancias que estos producen. Coloquialmente se le conoce como el sistema de defensa natural del cuerpo humano.

VIH:

Siglas del virus de inmunodeficiencia humana. Es un agente etiológico perteneciente a la ralea de los retrovirus (retroviridae).

Virus:

Es un agente microscópico que infecta a las células replicándose dentro de las mismas, carecen de vida propia por lo que se les conoce como microorganismos oportunistas puesto que requieren de otro organismo para su subsistencia. Los virus se componen de ADN o ARN, material genético que transporta la información hereditaria hacia las células infectadas.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Tipo de estudio

Esta investigación está basada bajo un enfoque **cualitativo**, puesto que se concentra en comprender una situación o fenómeno en particular, asimismo el estudio a realizar supone una investigación jurídica de carácter **dogmática analítica o exploratoria** toda vez que el problema presentado se orienta en la investigación de un tema escasamente desarrollado o aplicado, de esta forma se tiene como propósito marcar lineamientos para futuras investigaciones especializadas.

Terradillos citando a Atienza (1995) pone de relieve la necesidad de que la investigación dogmática no sea pura, dado que, la dogmática, hoy, debe responsabilizarse (...) de ordenar un sector del ordenamiento jurídico y proponer soluciones a problemas concernientes a la producción, interpretación y aplicación de esas normas. Valga el subrayado: soluciones a problemas que no se limitan a la interpretación estática del Derecho positivo (2014, pág. 14).

Al tratarse de una investigación jurídica dogmática analítica, se trata de someter a un estudio racional la aplicación de la responsabilidad civil a los daños derivados de la transmisión del virus en cuestión, situación que carece de bases teóricas en nuestro país desde el enfoque cualitativo. Como ya se ha mencionado liminarmente los resultados de la investigación serán argumentativos y descriptivos, a razón del análisis e interpretación de la institución jurídica con el supuesto de hecho establecido en el planteamiento del problema.

3.2. Diseño de estudio

El diseño a aplicar en esta investigación corresponde al **no experimental**, dado que no se tendrá control respecto a las variables y se atenderá a las situaciones inalterables en su ambiente o contexto natural, de esta manera no se pretende alterar o modificar la normativa referida a la responsabilidad civil. En el diseño no experimental no se crea una situación hipotética sino se estudia las situaciones fácticas sin modificarlas, consecuentemente tal naturaleza responde ser una investigación **básica**.

Como refieren Hernández, Fernández, & Baptista en este diseño se realiza el estudio “sin la manipulación deliberada de variables y en los que sólo se observan los fenómenos en su ambiente natural para analizarlos (...). En un estudio no experimental no se genera ninguna situación, sino que se observan situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente en la investigación por quien la realiza. En la investigación no experimental las variables independientes ocurren y no es posible manipularlas, no se tiene control directo sobre dichas variables ni se puede influir en ellas, porque ya sucedieron, al igual que sus efectos (2014, pág. 152).

Por otro lado, de acuerdo al enfoque cualitativo establecido, el nivel de la investigación será de carácter **descriptivo, explicativo y correlacional**. Con estos caracteres se busca establecer las características de los fenómenos problemáticos a analizar, no obstante, se pretende evaluar el grado de vinculación e interacción de las categorías objeto de estudio, situaciones que se dan en un contexto similar.

A través del estudio descriptivo se analizará y describirá, de manera estructurada e insondable, la interrelación de las categorías de estudio establecidas, así como sus propiedades y características.

3.3. Población y muestra

Al tratarse del enfoque cualitativo, de tipo de investigación dogmática analítica o exploratoria, no se cuenta con la determinación de la población delimitada, toda vez que la investigación tiene como ámbito de estudio la circunscripción en el territorio de nuestro país, dado que son los alcances que tiene la responsabilidad civil, no obstante al referirse a daños por transmisión del VIH es posible pensar que la investigación debería recaer en la población que padeció la enfermedad pero el estudio trascenderá desde los sujetos pasivos, activos, operadores jurídicos y la población en general, los mismos que son indeterminables y solo corresponde a nuestro país.

Respecto a la muestra, al carecer de una población determinada, delimitada o específica, como se ha referido anteriormente, esta investigación prescindiría de una muestra, más aún cuando “la muestra es un subconjunto de la población” (Lerma, 2016, pág. 52)

3.4. Métodos, técnicas e instrumentos

En esta tesis se utilizará el método **analítico**, porque se fragmentará las categorías en particularidades con el fin de contribuir con el conocimiento conocimiento. A través de este método se puede conocer la estructura del objeto investigado al ser descompuesto en todos sus elementos constitutivos. La ventaja al hacer esto es que se puede enfocar el estudio, una por una, en cada parte, comprendiendo con detalle y profundidad. “(...) cualquier “unidad” siempre está conformada por partes más pequeñas que conviene “ver” por separado”. (Del Cid, Méndez, & Sandoval, 2011, pág. 21)

Respecto a las técnicas para llevar a cabo la investigación se aplicará el **acopio y análisis documental**, dichas técnicas se aplicarán para recoger información documental, esto es doctrina, legislación y jurisprudencia, que serán necesarios para el análisis y argumentación respecto al tema que nos ocupa.

A fin de llevar a cabo la técnica referida, se manejó el **fichaje** como instrumento, al respecto Del Cid, Méndez, & Sandoval refieren que el fichaje consiste en extraer segmentos de información de fuentes documentales, por ejemplo: extractos y/o síntesis de libros, artículos de periódicos o revistas, registros históricos, etcétera. La principal utilidad de esta técnica es la reducción de la información resultante, que posteriormente podrá organizarse a conveniencia del investigador y de acuerdo con las secciones incluidas en el trabajo de investigación (2011, pág. 112).

Considero que esta tesis es inédita y de calidad, dado que tiene como finalidad aportar en la doctrina civil de nuestro país.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

Del desarrollo teórico realizado en el capítulo pertinente, y su análisis respectivo, es preciso ahora reflejar los resultados a los que arribamos en este largo proceso de investigación y aplicación metodológica, en aras de resolver los problemas planteados.

4.1. Presentación y discusión de resultados

4.1.1. El Estado y el VIH

Preliminarmente, podemos afirmar que el Estado ha planteado políticas públicas de salud para prevenir y tratar de la infección producida por el virus. Sin embargo, el VIH ha generado un impacto en la sociedad peruana que ha ido mutilando a nuestra población.

Según el Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades hasta el 30 de setiembre 2021, se tiene un total de 143732 casos de VIH, y 46641 en la fase de SIDA (2021, pág. 2).

De hecho, el porcentaje de infectados con el virus se ha ido incrementando progresivamente, generando un impacto de morbilidad y mortalidad en la sociedad, lo que en definitiva compromete la salud pública. Esta situación nos lleva a cuestionar muchas veces si las políticas públicas de prevención están funcionando.

Si bien no pretendemos incidir en la disciplina epidemiológica, creemos que es importante ver el panorama actual de la propagación del VIH en nuestro país. Ello, con el fin de generar atisbos para una solución desde el panorama del Derecho.

Es aquí, donde partimos de la posición de que, el agente que padece la infección provocada por el VIH debe estar comprometido con la no propagación del virus, puesto que, sería el principal responsable si otro la contrae como consecuencia de su conducta ilícita.

Ahora bien, como hemos observado, no sólo las políticas de prevención son suficientes para reducir el incremento de las transmisiones por VIH. Por ello, el Estado ha planteado políticas de criminalización ante la propagación de este virus y otras enfermedades, lo que también implica una forma de prevención, sin embargo, su tipicidad en el Código Penal, es más disuasiva.

Véase el artículo 289 del Código Penal peruano.

Artículo 289.- Propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa

El que, a sabiendas, propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años.

Si resultan lesiones graves o muerte y el agente pudo prever estos resultados, la pena será no menor de diez ni mayor de veinte años.

Al respecto, la tipificación del delito de propagación de enfermedades peligrosas o contagiosas supone la tutela del bien jurídico recaído en la salud pública como bien jurídico ante determinadas situaciones de peligro, como la propagación del VIH. Este delito “se satisface con un dolo directo que abarca el conocimiento de la enfermedad y el peligro de contagio” (Manrique, 2022, p. 161).

Consecuentemente, desde la perspectiva del *ius puniendi*, la Corte Suprema ha resuelto algunos casos de interés para la presente investigación, los que a continuación serán desarrollados.

En principio, tenemos el Recurso de Nulidad de la Sala Penal Transitoria N.º 2593-2012 Cusco, del 07 de noviembre de 2012, que en su fundamento segundo nos relata lo siguiente:

Segundo: *Que se imputa al acusado Carrasco Polanco haber abusado sexualmente del menor agraviado de iniciales I.Q.G. cuando contaba con*

*diez años de edad, quien vivía con su madre en la Comunidad de Urco en la Provincia de Calca, lugar del que el acusado también es vecino; que aprovechando la minoría de edad del agraviado, con una serie de engaños, en fechas no determinadas y en reiteradas oportunidades, en el año mil novecientos noventa y seis, lo condujo hacia su vivienda y otros lugares, donde le hizo sufrir el acto sexual contranatura, y además **le contagió la enfermedad venérea de sífilis**, hecho que no aviso el menor por miedo, y que a raíz del quebrantamiento de su salud, debido a las lesiones que presentaba en el ano y glúteos fue conducido al Hospital Integrado de Calca. **(resaltado nuestro)***

Este recurso de nulidad no se enfoca en la culpabilidad del imputado, sino en la determinación judicial de la pena y la reparación civil. Esta resolución aporta a nuestra investigación en cuanto a la pretensión impugnatoria de la reparación civil, dado que se discute el *quantum* resarcitorio por el abuso sexual y por la transmisión de la enfermedad venérea de sífilis sufrida por el menor de edad.

De esta manera refiere la Sala Penal Transitoria:

Sexto: Que la reparación civil está en función del daño causado, sin que en la concreción de su monto debe advertirse las posibilidades económicas del responsable o su situación personal, en tanto que ésta se orienta a reparar e indemnizar a la parte agraviada por el daño generado por la conducta del responsable; que bajo este criterio, debe tomarse como parámetro el monto solicitado por el Fiscal Superior en el escrito de acusación de fojas ochenta y nueve; en consecuencia, es del caso elevar prudencialmente el monto de la reparación civil fijada en la recurrida, en mérito a la magnitud del daño ocasionado por los delitos (...). (resaltado nuestro)

Empero, la parte resolutive nos llama extrañamente la atención dado que reforma el monto resarcitorio a una cantidad irrisoria (S/ 3,500.00) por el sufrimiento de los delitos, entre ellos el contagio de una enfermedad venérea.

Conforme a la naturaleza de los delitos imputados, el *quantum* de la reparación civil no es conforme a la extensión de los daños causados, en principio, porque se trataba de un menor de edad en situación de vulnerabilidad a quien se le habría transgredido la indemnidad sexual. Por otro lado, el contagio de sífilis, si bien tiene tratamiento, el

padecimiento de esta enfermedad es grave, dado que puede generar afecciones al sistema nervioso y hasta la muerte.

En otra circunstancia, a través del Recurso de Nulidad de la Sala Penal Transitoria N.º 2709-2013 Cañete, de fecha 09 de marzo de 2015, en su fundamento segundo describe que:

Segundo: Según la acusación fiscal, de folios quinientos cincuenta, **se atribuye al procesado Heber Antonio Córdova Así haber transmitido el virus del VIH a las menores C.P.C.F., Rosa Adelina Ayaucán Carbonel, Nathaly Catherine Francia Quispe y Candy Melisa Manco Tuanama, con quienes, a sabiendas de que era portador del virus y sin el conocimiento de ellas, mantuvo relaciones sexuales. (resaltado nuestro)**

Es sumamente importante la naturaleza de la imputación en este proceso, porque la materia de impugnación es en relación al acervo probatorio para la determinación de la culpabilidad del imputado respecto del delito de propagación de enfermedades, en concreto del VIH.

Quinto: Según el acusador, se le imputa al procesado haber contagiado dolosamente con el VIH a los agraviados; no obstante, esta hipótesis criminógena no se acreditó en autos; por el contrario, los medios probatorios actuados determinaron como válida la versión de defensa del encausado, referente a que no conocía que era portador del VIH.

Si bien es cierto, en este proceso se absuelve al imputado, empero podemos extraer algunas reflexiones como la discusión principal respecto de si el acusado tenía conocimiento que era portador de VIH. Asimismo, la determinación, a raíz de la historia clínica y el examen médico, que este no habría tenido conocimiento de la afección que padecía, por lo tanto, no habría dolo en el contagio.

Décimo: En tal entendido, en atención a que el tipo penal descrito requiere para su consumación la presencia del elemento subjetivo dolo, y en consideración a que el acusado fue diagnosticado como portador del VIH en el estadio de enfermedad (SIDA) recién en el año dos mil siete (a raíz de este proceso), no se puede concluir que el acusado, con conocimiento de su condición médica, haya procedido a contagiar a las citadas agraviadas.

La Sala Penal Transitoria en este proceso ha resuelto que no existía dolo en el contagio de la enfermedad, por lo tanto, no podría condenarse al imputado por el delito referido.

Ahora bien, los dos casos mencionados, nos dan un panorama de la política criminal en cuanto a la propagación de enfermedades, de cómo el Derecho Penal puede tutelar a las víctimas del delito de propagación, siempre que se cumpla con el criterio subjetivo del dolo, propiamente que el agente que padezca y haya sido diagnosticado con la enfermedad contagiosa, sea consciente y tenga la voluntad de la realización de la conducta típica.

Asimismo, en razón a la tutela resarcitoria en los procesos penales, respecto del *quantum* resarcitorio, en el primer caso es ínfimo, toda vez que no cumple con la satisfacción económica para la víctima del padecimiento de la enfermedad. De hecho, al otorgar un valor como reparación civil esta debe ser proporcional a la dimensión del daño producido, situación que no se cumple en el referido proceso penal. Esto debido a que no se cuantifica en su totalidad los daños ocasionados, generando incertidumbre e indefensión a la víctima.

Mientras que, en el segundo caso, observamos que las víctimas del padecimiento del VIH no son resarcidas en el proceso penal, toda vez que el contagio no fue doloso, sino culposo, dado que el imputado no tenía conocimiento de que era portador del VIH; y conforme se había afirmado, el delito supone que el agente que padezca y haya sido diagnosticado con la enfermedad contagiosa, sea consciente y tenga la voluntad de la realización de la conducta típica, *contrario sensu*, este no sería responsable penalmente. En consecuencia, las víctimas no logran las expectativas de la tutela jurisdiccional del Estado, quedando en indefensión y en una situación de vulnerabilidad al ser portadoras del VIH.

Finalmente, el Derecho Penal al enfocarse más en el autor del delito como en el delito en sí mismo deja a la víctima en una posición

insostenible, ello por dos situaciones, la primera porque solo admite como criterio de imputación al dolo, y segundo porque la reparación civil no implica una tutela integral por los daños derivados de la comisión del delito tipificado en el artículo 289 del Código Penal.

Entonces, ¿qué se puede hacer ante la transmisión sexual dolosa o culposa del VIH?, o ¿es posible que el Estado pueda tutelar a las víctimas de la transmisión sexual dolosa o culposa del VIH? Desde la perspectiva del derecho civil, la responsabilidad civil es una institución que tutela el padecimiento de los daños sufridos. Por lo que, preliminarmente podemos afirmar, si el VIH genera daños (de cualquier naturaleza) que la víctima puede padecer producto de la transmisión sexual dolosa o culposa, esta puede ser tutelada integralmente a través de la responsabilidad civil.

4.1.2. Responsabilidad civil por transmisión sexual del VIH

El estado de equilibrio en el que, tal vez, se encuentra la sociedad, es meramente pasajero. Es imposible evitar los daños de cualquier naturaleza que disgregan a los miembros de la comunidad. No obstante, podemos hacer justicia conmutativa, es decir ante la imposibilidad de evitar los daños, podemos reparar estos por medio de transacciones justas y equitativas, para lograr una “regresión” al estado en el que se encontraba la sociedad antes de la producción del daño.

De hecho, la responsabilidad civil no tiene la finalidad de asegurar el resarcimiento de todos los daños generados por la conducta humana, si no solo la reparación de aquellos daños injustamente padecidos.

Es a partir de esta idea, que la responsabilidad civil, ya no se enfoca en el sujeto que provoca el daño, si no, en la víctima que padece el mismo.

Buendía afirma que no se puede admitir una función sancionatoria de la responsabilidad civil puesto que es un instituto que no se encarga de sancionar al autor del daño, sino que, bajo el nuevo cambio de

paradigma, ahora el instituto de la responsabilidad civil se enfoca en la reparación de la víctima. (2021, pág. 213)

Sin embargo, se debe entender que no todo perjuicio económico determina una responsabilidad a cargo de quien lo ha provocado; para ser resarcible, el daño tiene que calificarse por la injusticia (Schlesinger, 1999, pág. 311).

Es por ello que, la perspectiva de la víctima prima, sobre la del agente, más aún cuando “la responsabilidad consiste en la obligación secundaria de resarcimiento que deriva de la violación de una obligación primaria”. (Lipari, 2009, pág. 224).

Ahora bien, concretamente las categorías de estudio tienen un punto de intersección. Tal es así que, si el agente, portador del virus, mantiene relaciones sexuales con la víctima, a sabiendas de su estado infeccioso o no, por lo que, producto de dicha relación, la víctima contrae el virus, es el escenario de convergencia entre estas categorías de estudio. Nótese que de la premisa formulada, se nos van a generar más preguntas, las cuales serán desarrolladas progresivamente.

De hecho, si el VIH afecta notoriamente a la salud de la persona y razonablemente su contagio se traduce en la producción del daño, dado que supone una lesión a la salud, el mismo que es indivisible del derecho a la vida e integridad de la persona. La responsabilidad civil como institución jurídica puede tutelar resarcitoriamente a la víctima que padece los daños derivados del VIH ocasionados por la transmisión sexual del agente.

Pero, para llegar a dicha conclusión, es necesario e impostergable el examen de la responsabilidad civil a nivel deductivo correlacionalmente con la transmisión sexual del VIH, más aún, cuando para la tutela efectiva de la responsabilidad civil se deben de comprobar la existencia de sus presupuestos, como regla de oro.

4.1.3. *Alterum non laedere* y la transmisión del VIH

El deber de no dañar a otro (*alterum non laedere*), es el principio rector de la responsabilidad civil. Por lo que, su transgresión activa el examen de resarcibilidad a fin de tutelar a la víctima.

Ahora bien, la transmisión sexual del virus, implica de por sí, la violación del principio mencionado, ello admite la posibilidad de realizar el examen de resarcibilidad. En efecto, si la sola concepción del VIH implica el detrimento de la persona, tanto en su salud e integridad, e indefectiblemente a su patrimonio, ello genera que el deber de no dañar a otro se quiebre, por lo que transmisión del virus recae en ilícito.

No obstante, existe una postura que niega la existencia de dicho deber, en principio porque el legislador no la establece literalmente dentro de la responsabilidad civil, y segundo porque el legislador solo se encauzó en la compensación de los daños sufridos. Al respecto Papayannis refiere que quienes niegan la presencia del principio deben caracterizar la práctica como de reparación de daños, enfatizando su aspecto puramente subsanador. Ello no es del todo cierto, máxime si el deber de no dañar a otro es sustancialmente reguladora de la conducta humana y sólo subsidiariamente reparadora. (2014, pág. 20). De hecho, el artículo 1969 del Código Civil peruano, implícitamente recoge al *alterum non laedere* como fundamento del contenido de la responsabilidad civil, por lo que se exige no dañar a otros injustamente. Asimismo, dicho deber no es absoluto, toda vez que su transgresión va a generar la sanción correspondiente, esto es, el pago del resarcimiento. Entonces, si se establece una sanción para quien daña a otro, dañar es una acción ilícita y, por consiguiente, el deber implícitamente impuesto por esta norma es la realización de la conducta contraria, es decir, no dañar. (Papayannis, 2014, pág. 26)

En esa línea de ideas, y conforme se ha afirmado, la responsabilidad civil está articulada sobre la evitación de daños y sólo subsidiariamente sobre la reparación. Por lo que, el Estado impone a quien produce el daño la

obligación de resarcirlo, principalmente porque el detrimento está vinculado con la sanción (deber de no dañar).

Siendo así, el sujeto puede evitar el daño, precisamente la transmisión del VIH mediante relaciones sexuales, empero si dicha conducta no llega a ser disuadida, el daño provocado consecuentemente tendrá que ser reparado. Entonces, el resarcimiento es una realidad ante el daño producido a la salud por la transmisión de la enfermedades.

De hecho, la tutela resarcitoria es la consecuencia del amparo de la responsabilidad civil, cuando el *alterum non laedere* es violado por el sufrimiento del daño injusto. En el caso determinado, “quien transmite una enfermedad venérea a otro provoca un daño y viola la norma general” (Jalil, 2020, pág. 74). La transmisión sexual del VIH como consecuencia de la transgresión del principio - deber supone el comienzo del examen de resarcibilidad de la responsabilidad *aquiliana*.

4.1.4. Los daños derivados del VIH

Es preciso partir en el terreno de los daños derivados por el VIH, independientemente de la forma de transmisión, toda vez que los daños no van a ser distintos por la naturaleza de su contagio. Así también, es necesario precisar que solo se analizarán los daños de índole extrapatrimonial, obviando los daños patrimoniales que se pudiesen generar. Ante dicha advertencia, será necesario considerar si los daños cumplen con las exigencias para su resarcibilidad. De hecho, la existencia del daño (o daños) es preponderante para la exigencia de su resarcibilidad, “su ausencia excluye la atribución de responsabilidad y no obliga a la reparación material porque justamente no existe nada que subsanar” (Jalil, 2020, pág. 75).

En ese sentido, el VIH desde su definición nos alerta que su contagio supone la afectación del sistema inmunológico, lo que permite que las enfermedades oportunistas se desarrollen con mayor facilidad. Debido a esto, la víctima presenta un cuadro clínico con síntomas muy variados,

desde afectaciones generales, dermatológicas, gastrointestinales y neurológicas.

El VIH provoca la enfermedad crónica denominada SIDA que afecta al sistema inmunológico de la persona. Tal es así, que se genera una inmunodeficiencia progresiva, toda vez que el VIH ataca y destruye las células CD4, componente fundamental del sistema inmunitario. Como resultado, el sistema inmunológico se debilita progresivamente, lo que genera susceptibilidad a enfermedades oportunistas y graves (cardiovasculares, neurológicas y cánceres).

Es importante destacar que el tratamiento adecuado es con medicamentos antirretrovirales. Sin embargo, el acceso al tratamiento puede ser limitado en algunas partes del mundo, lo que subraya la importancia de la prevención, la educación y el apoyo a las personas que viven con VIH/SIDA.

Empero, debe considerarse que existe un tratamiento antirretroviral que puede ayudar a controlar la progresión del VIH y reducir el riesgo de desarrollar complicaciones graves. No obstante, no erradica la infección provocada por el virus, pero si suprime su replicación viral, por lo que consecuentemente disminuye la morbilidad. De esta manera, la subsistencia de la persona infectada, depende del tratamiento antirretroviral en el proceso de mutación del virus, empero esto es incierto, dado que no siempre es tolerado por la víctima y en definitiva, trae consigo efectos secundarios.

Por ello, consideramos que el daño se traduce con la sola transmisión, independientemente de las medidas o tratamientos que reciba la víctima, es decir, la existencia del tratamiento antirretroviral no deslinda de responsabilidad al agente.

Ahora bien, esta investigación tiene como núcleo solamente a los daños no patrimoniales derivados de la transmisión del virus. Por lo que, es necesario recordar que el daño no patrimonial, conforme a la tesis

adoptada respecto a la dimensión omnicomprensiva del daño, debe entenderse como el género que abarca al detrimento a la persona como entidad psicosomática. Tratándose de la transmisión del virus, preliminarmente podemos afirmar que la sola concepción del VIH genera daños de carácter no patrimonial, ligados a la salud, trayendo como consecuencia su detrimento y menoscabo a la integridad física de la misma. En efecto, el menoscabo de la salud es la consecuencia de la transmisión del VIH, si bien, en algunos casos podrá repararse mediante un tratamiento médico, en otros, puede ser mortal, pero definitivamente, el virus encarna el daño a la persona, comprendido como la afectación o disminución de la integridad física de la víctima. No obstante, la integridad psicológica también se vería afectada, máxime si devendría en un daño *in re ipsa*.

Teniendo este panorama, es necesario delimitar algunas cuestiones para determinar los daños derivados, de carácter no patrimonial, de la transmisión sexual del VIH.

4.1.4.1. Daño a la persona

Reafirmamos que esta voz de daño se sustenta por la protección de la persona en sí misma, ya que toda alteración negativa a la entidad psicofísica de la persona, recae en la configuración del daño propiamente.

De esta manera, este daño repercute y afecta al cuerpo en sentido estricto como daño somático, pero se puede manifestar también como una lesión que perturba notoriamente la calidad de vida del afectado, por su consecuencia biológica. Ontológicamente, constituye un menoscabo significativo por la incolumidad personal. Por lo que, su menoscabo genera mayor gravedad que la pérdida de la vida, pues no tendría sentido las consecuencias nocivas del daño en una persona fallecida. En consecuencia, este daño extrapatrimonial engloba a la persona como tal, desde un aspecto psicofísico, y su trascendencia radica en ello.

Ahora, el virus del VIH encuentra un vínculo con la salud de la persona, por lo que su transmisión, conforme ya hemos advertido, trae consigo el detrimento de esta última, es decir, la producción del daño a la persona (en su salud, propiamente) es la consecuencia de la transmisión del VIH. Así las cosas, los daños a la salud de la persona, son *in res ipsa*, es decir que ante el solo hecho de ocasionar el daño injusto, tienen que ser resarcidos.

Concretamente, el VIH en relación al daño a la persona trae consigo situaciones temporales y permanentes, dentro de las primeras podríamos considerar un déficit funcional temporal, toda vez que existe un detrimento en la calidad de vida del sujeto mientras dure el desarrollo del virus hasta su posterior consolidación en la enfermedad, que devendría, de acuerdo a las fases expuestas en el marco teórico, en la fase del SIDA. Asimismo, la víctima presentaría sufrimientos físicos que soportaría durante el proceso de consolidación de la enfermedad.

En torno a las situaciones permanentes de esta voz de daño, existiría un déficit funcional permanente, dado que, el VIH al menoscabar la salud de la persona, afecta también la fisiología de la persona lo que produciría una dolencia permanente y detrimento físico de la misma. Asimismo, la pérdida total de la calidad y bienestar del ser humano, durante la consolidación de la enfermedad o fase del SIDA. Finalmente, en la consolidación de la enfermedad del SIDA podría existir una situación de incapacidad permanente de la víctima, lo que derivaría en su posterior muerte.

Este escenario, es común en nuestro país, a pesar de la existencia de un tratamiento antirretroviral que pueden “mejorar” la salud de la persona, e incluso convivir con el virus, no por ello se encuentra exento de la existencia del daño a la persona.

Así, la transmisión del VIH, importa una modificación disvaliosa para la persona, “que se traduce en un modo de estar y desenvolverse, diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de

este y perjudicial para la vida” (Molina, 2020, pág. 343). Por lo que, la reparación del daño debe abarcar fundamentalmente los efectos de la trasgresión de los derechos personalísimos de la víctima, y su estado, en torno a su integridad física.

4.1.4.2. Daño moral

Hemos referido que el daño moral es la especie del daño a la persona, el mismo que supone una lesión a la esfera psíquica del ser humano. De hecho, este daño afecta la faz interior de la víctima (subjetiva). Sin embargo, el daño moral para que sea resarcido debe ser tal que impida el libre desenvolvimiento de la persona en la cotidianeidad que lo caracteriza.

También se ha afirmado que el VIH encuentra un vínculo con la salud de la persona, dicha relación obligatoriamente afectará la *psiquis* de la víctima. La infección del VIH florece como una “bomba de tiempo” que trae consecuencias psicosociales (Jalil, 2020, pág. 76). Ciertamente la víctima, como padecimiento moral, presentaría dolor y pena al ser transmitido con el virus, incluso desde el momento de recibir su diagnóstico médico.

Esta situación, es perceptible, puesto que la preocupación y afectación es legítima, máxime cuando existe una posibilidad de morbimortalidad, lo cual resulta totalmente abrumador. En definitiva, la transmisión del VIH, no solo supone un impacto negativo en la salud de la persona, si no también emocional y psicológico, al momento de recibir este diagnóstico y, en el proceso de subsistencia y desarrollo del virus.

Aunado a ello, también existe la posibilidad de que la persona, producto de la infección, también sea víctima del estigma social y discriminación asociado al virus. Es de Perogrullo que estos problemas sociales aún no han sido erradicados, a pesar de las persistentes acciones y campañas para sofrenarlas. No obstante, es imposible negar las consecuencias de las afectaciones emocionales y psicológicas, producto del estigma y

segregación a los individuos que padecen el virus, lo que contribuye en gran medida el incremento del daño moral, que inevitablemente sufrirá el portador del virus.

Finalmente, se debe precisar que el padecimiento del VIH, va a constituir el daño *in re ipsa*, ello implica por sí misma la coexistencia del daño moral, porque es evidente que a partir del contagio, se va a generar una afectación emocional en la víctima.

4.1.5. El hecho generador

Si partimos de la idea de que el hecho generador es el evento que se encuentra en relación con el daño consecuencia, de manera genérica bastará determinar que el hecho generador será la exposición por parte del agente portador del virus, mediante relaciones sexuales, lo que produciría la infección en la víctima como resultado.

De hecho, las relaciones sexuales generan esta situación riesgosa de contraer o transmitir enfermedades, en este caso el VIH. Entonces, si el sujeto activo es portador del virus, el sujeto receptivo siempre va estar en riesgo de contraer el VIH, ello independientemente de la naturaleza de la relación sexual y del sexo de los sujetos. Toda vez que, el ingreso del virus a nuestro organismo se perpetra mediante el intercambio o contacto de fluidos y secreciones con la mucosa genital, rectal u oral.

4.1.6. La causa adecuada en la transmisión sexual del VIH

En torno a la relación de causalidad, debemos determinar cuál es la causa entre el daño y el hecho generador. Al respecto, hemos manifestado que el hecho generador es la exposición del agente, a través de las relaciones sexuales, que trae como resultado el padecimiento del virus a la víctima. Ahora, en correspondencia al daño, se ha indicado que el padecimiento del VIH, importa una modificación disvaliosa para la salud de la persona (exógeno), así como la afectación a la esfera psíquica de la misma (endógeno).

En ese sentido, la causa adecuada se presenta en esta interrelación, porque producto de la exposición del portador del virus mediante las relaciones sexuales, la víctima padece la infección, lo que trae como consecuencia la concepción del daño a la persona y el daño moral. No obstante, los daños extrapatrimoniales son consecuencias lógicas del hecho generador referido, lo que resulta predecible, toda vez que la exposición del virus por parte del agente es concluyente en la producción del daño, es decir la causa de los daños extrapatrimoniales son adecuadas al hecho generador.

De hecho, la causa adecuada sería el conjunto de circunstancias que llevan a la adquisición del virus por parte de la víctima a través de las relaciones sexuales con alguien que ya está infectado con el VIH. No obstante, la persona que transmite el VIH debe tener una carga viral detectable en su sangre, semen, fluido vaginal u otros fluidos corporales, para que así, la causa de la transmisión sea adecuada.

4.1.7. El dolo y la culpa

En la progresión del análisis vertido, es imprescindible, finalmente, ingresar al terreno del factor de atribución en la transmisión sexual del VIH. Así, si hablamos de dolo o culpa estamos dentro del factor atribución de tipo subjetivo, toda vez que la implicancia de la transmisión sexual del VIH va a ser netamente a través de un agente portador del virus. Es decir, no utilizaremos el factor de atribución objetivo dado que el riesgo o peligro no es un criterio para poder encaminar el resarcimiento por los daños derivados de la transmisión sexual del VIH.

En ese contexto, es necesario determinar la conducta del portador del virus, ya que dicha conducta será necesaria a fin de justificar ¿a título de qué es culpable el agente de la transmisión sexual del virus?. Nótese que el sentido de culpabilidad es en sentido amplio. Es decir, si el agente a sabiendas de ser portador del virus tuvo la intención de transmitir el mismo a la víctima. O, si el agente no teniendo conocimiento del padecimiento del virus, en tanto no existiendo la voluntad de transmitirlo,

contagia a la víctima. Estas dos diferencias son trascendentales, porque jurídicamente ambas van a tener tratamientos distintos. Máxime, si el dolo y la culpa son factores de atribución o criterios de imputación que repercuten en la conducta del actor para la concreción del daño injusto.

Al respecto, hemos indicado que el dolo es la finalidad del actor de generar un daño, en el caso concreto, existirá el elemento volitivo, siempre y cuando, la persona portadora del virus conozca su estado serológico, de manera tal que su intención sea el de transmitir el VIH a la víctima, esto obviamente a través de las relaciones sexuales.

Es decir, si el agente desconoce el padecimiento del virus, el elemento volitivo no podría concretarse, ya que no habría la intención de transmitir un virus que se desconoce su afección. Asimismo, el agente debe estar en la capacidad de entender las consecuencias del virus que traería consigo si transmite el mismo a otra persona. De hecho, las consecuencias extrapatrimoniales ocasionadas a la víctima deben ser el deseo del agente.

En ese sentido, podemos afirmar que el agente actúa con dolo, siempre y cuando sepa de su estado de salud y tenga la intención de provocar los daños derivados de la transmisión sexual del VIH.

Situación distinta ocurre con la culpa, el conocimiento del padecimiento del virus no es un requisito para su concepción, de hecho, este criterio de imputación funciona residualmente para los casos donde no exista el elemento volitivo, sin embargo como consecuencia se presenta el daño injusto.

La culpa, en el caso concreto, se presenta por la sola transmisión del VIH, en principio porque se transgrede el principio *alterum non laedere*, puesto que si la víctima contrae el VIH por imprudencia del agente, bastará este título para imputar la responsabilidad. No obstante, el criterio de la debida diligencia ordinaria también es una justificación para la imputación de la culpa en el caso concreto, toda vez que, el mínimo

de previsión que se exige es emplear mecanismos de prevención de transmisión de enfermedades o la realización de exámenes médicos integrales de manera periódica, o se nos ofrece descartes médicos de esta naturaleza, por lo que tendríamos o podríamos saber si portamos el virus u otras enfermedades, o finalmente prevenir la transmisión. Asimismo, nuestro estado de salud, al portar el VIH, también presentaría cambios bruscos y negativos, lo que en definitiva, nos llevaría a acudir al médico a fin de descartar posibles enfermedades.

En este escenario, si bien no conocemos nuestro estado de salud, ello no inhibe de que si podríamos hacerlo, o prevenir la transmisión por medio de métodos anticonceptivos, lo que repercute en que el criterio de imputación de la culpa encuentre su concreción. Finalmente, no podemos negar que quien contagia a otro con VIH, es producto de la culpa, al no ser diligente respecto de su estado de salud, o no utilizar medios para prevenir el contagio de enfermedades de carácter sexual.

4.1.8. Tutela resarcitoria por daños derivados de la transmisión del VIH

El propósito del juicio de resarcibilidad, es justamente examinar los elementos de la responsabilidad civil a fin de tutelar resarcitoriamente al sujeto pasivo de los daños derivados de la transmisión sexual del virus, con el fin de no dejar a la deriva o indefensión a la víctima de esta relación intersubjetiva.

De hecho, la tutela resarcitoria es únicamente aseguradora de la relación a la injusticia del daño, la cual constituye supuesto de hecho jurídicamente configurado autónomo, caracterizado por la lesión de un interés jurídicamente protegido. (Lipari, 2009, pág. 233).

En ese sentido, el quebrantamiento del *alterum non laedere* por la transmisión sexual del VIH, supone el comienzo del juicio de resarcibilidad, por lo que ante la existencia del daño a la persona como alteración negativa a la salud, y daño moral como detrimento emocional,

producto de la exposición del agente, que trae como resultado el padecimiento del virus a la víctima, la misma que es adecuada, entre hecho generador y los daños, por la culpabilidad (dolo o culpa) del agente, se debe tutelar resarcitoriamente a la víctima. Entonces, al concluir con la responsabilidad del actor, éste está en la obligación de resarcir los daños derivados de la transmisión sexual del virus.

4.2. Discusión de resultados

De los resultados obtenidos, encontramos un nexo desde las bases teóricas de la tutela resarcitoria por la transmisión sexual del VIH, con los antecedentes de estudios de este trabajo.

Conforme a la tesis de Veloza (2018), ya hemos referido que la transmisión del virus puede realizarse de distintas formas, como la sanguínea o transfusional, empero esta no supone una situación subjetiva, sino todo lo contrario, para imputar dicha responsabilidad tendría que atribuirse objetivamente al sujeto causante del daño. Esta situación nos abre a un panorama mayor de lo discutido en el presente trabajo de investigación, de hecho, la responsabilidad objetiva genera una situación de protección ante la transgresión del derecho a la integridad del paciente, en el procedimiento de trasfusión sanguínea o la toma de una muestra, en aplicación del principio de la *lex artis* o procedimiento correcto, situación que sería imposible con la responsabilidad subjetiva.

Por otro lado, el trabajo de Riveiro (2020) nos demuestra la perspectiva de la culpa en el contagio del VIH, toda vez que, aún si no existiese el dolo o la intención del contagio, la responsabilidad puede imputarse, debido a la transgresión del *alterum non laedere*. Lo cual compartimos extensamente, máxime cuando la responsabilidad civil puede tutelar integralmente esta vertiente de culpabilidad, situación que no puede hacerse mediante el Derecho Penal.

Ahora bien, Cortés (2019) mediante su investigación nos da un atisbo de la posible coexistencia de una persona con el VIH, si bien es posible vivir con VIH, ello no impide que el sujeto se vea envuelto en discursos negativos sobre su aflicción, lo que genera indefectiblemente un detrimento moral. Al respecto, es necesario incidir en que el estigma hacia las personas que viven con VIH ha ido *in crescendo*, pero, si bien el rol de la responsabilidad civil no es evitar dicha situación, debemos enfocarnos en que esta realidad genera una afectación emocional a tal grado que predispone la condición de vida del sujeto, lo que debe valorarse como parte del daño moral.

En relación con la tesis de Santisteban (2022), no compartimos la idea de la existencia del daño derivado de la transmisión sexual del SIDA por el incumplimiento de obligaciones, ello por dos situaciones. Primero, el hecho generador que podría imputarse, como transmisión del virus, no puede tener como cimienta a la inejecución de obligaciones, todo lo contrario, la transmisión supondría siempre la transgresión del principio de no dañar a otro. Por otro lado, la relación intersubjetiva no tiene como corolario la transmisión del SIDA, sino del VIH. El SIDA es una fase de la infección generada por el VIH, conforme ya hemos conocido.

De acuerdo con Moya (2021), Martínez (2018), Herrera (2018) y Aguinaga (2019) la responsabilidad civil tiene como propósito el resarcimiento del daño causado, ya sea inmaterial o material. Sin embargo, la cuantificación del daño causado es lo que genera dificultad para la estimación resarcitoria, lo cual puede superarse mediante la aplicación de parámetros valorativos en torno a la extensión del daño causado. De esta manera, la responsabilidad civil cumpliría esa función correctiva o conmutativa, por lo que el daño injustamente sufrido amerita una corrección para retornar a un estado de igualdad o equilibrio.

CONCLUSIONES

PRIMERA: En esta tesis se ha determinado que pueden tutelarse los daños derivados de la transmisión sexual del VIH a través de la responsabilidad *aquiliana*. Puesto que, ante la transmisión del virus, por medio de las relaciones sexuales a la víctima, y la existencia de los daños extrapatrimoniales producto de la exposición del agente portador del VIH, como resultado de una causa adecuada, es posible la culpabilidad de este último, lo que demuestra la responsabilidad del actor, para tutelar resarcitoriamente a la víctima.

SEGUNDA: Se ha logrado determinar que la transgresión del principio *alterum non laedere* por los daños derivados de la transmisión sexual del virus, es el cimiento del juicio de resarcibilidad a fin de tutelar a la víctima, dado que la sola concepción del VIH implica la afectación de la persona, tanto en su salud, integridad y moral, ello genera que el deber de no dañar a otro se quiebre, por lo tanto, la transmisión del virus recae en el terreno de la ilicitud.

En efecto, quien transmite el VIH a otro, provoca un daño y viola el principio deber, entendiéndose el *alterum non laedere*. Por lo que, la conducta del agente al no ser disuadida, el daño provocado consecuentemente tendrá que ser reparado, por la transgresión de dicho principio.

TERCERO: Se ha logrado determinar que los daños originados de la transmisión sexual del VIH son consecuencia de la responsabilidad subjetiva. Al respecto, el dolo en la transmisión del virus se configura siempre y cuando, la persona portadora del virus conozca su estado de salud, de manera tal que su intención sea la de transmitir el VIH a la víctima. Asimismo, el agente debe estar en la capacidad de entender las consecuencias del virus que traería consigo si transmite el mismo a otra persona, por lo tanto debe ser el deseo del agente.

Por otro lado, se configura la culpa en la transmisión sexual del virus, ya que si la víctima contrae el VIH por imprudencia del agente, es producto del incumplimiento de la debida diligencia ordinaria, dado que, el mínimo de precaución que se exige a las personas es emplear métodos anticonceptivos para prevenir la transmisión de enfermedades, así como ser diligente respecto de nuestro estado de salud. De hecho, este criterio de imputación funciona residualmente para los casos donde no exista el elemento volitivo, sin embargo como consecuencia se presenta el daño injusto.

CUARTO: Finalmente, se ha establecido la existencia de daños extrapatrimoniales derivados de la transmisión sexual del VIH, dado que el virus genera una inmunodeficiencia progresiva, al atacar y destruir las células CD4, que son un componente clave del sistema inmunológico, lo que hace que el cuerpo sea más susceptible a infecciones oportunistas y enfermedades graves (cardiovasculares, neurológicas y cánceres). En ese sentido, se configura el daño a la persona, debido a la existencia de una modificación negativa a la entidad psicofísica que afecta a la salud y la calidad de vida de la víctima, por su consecuencia biológica. Asimismo, la transmisión sexual del VIH provoca el daño moral, dado que existe una lesión a la esfera psíquica, impidiendo el libre desenvolvimiento de la persona en la cotidianidad que lo caracteriza, y como tal, genera pena y dolor, incluso desde el momento de recibir el diagnóstico médico, en el proceso de subsistencia y desarrollo del virus, máxime cuando existe una posibilidad de morbilidad.

SUGERENCIAS

La transmisión sexual del Virus de Inmunodeficiencia Humana no es cuestión ajena a nuestro entorno, de hecho, su incremento genera mayor incertidumbre en nuestras relaciones interpersonales. Por ello, considero que la responsabilidad civil, desde su posición resarcitoria, cumple un rol de prevención y disuasión frente a conductas culposas o dolosas que traigan consigo la transmisión del virus.

Siendo ello así, se recomienda profundizar la interrelación entre las categorías de estudio de la presente tesis, toda vez que, al encontrar respuestas, también se no generan preguntas en torno a la forma de transmisión del VIH, como el alcance probatorio, la responsabilidad objetiva, entre otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguinaga, V. L. (2019). *Criterios para la cuantificación equitativa del resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil*. Trujillo, La Libertad, Perú: Universidad Privada Antenor Orrego. Recuperado el 26 de Setiembre de 2021, de <https://hdl.handle.net/20.500.12759/5105>
- Albentosa, L. P., & Martínez, G. T. (2017). *Culpa y responsabilidad* (Primera ed.). Navarra, España: Aranzadi S.A.U.
- Alcántara, Z. N. (2008). *Sintomatología depresiva y adhesión al tratamiento en pacientes con VIH*. Lima, Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/403/ALCANTARA_ZAPATA_NATALI_SINTOMATOLOGIA_DEPRESIVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Almodóvar, M. J. (2012). Evolución de la responsabilidad civil: Una aproximación. *Ceiba* 12 (1), 8-21. Obtenido de <https://revistas.upr.edu/index.php/ceiba/article/view/3484>
- Almodóvar, M. J. (Agosto de 2012). Evolución de la responsabilidad civil: Una aproximación. *Ceiba*, 8-21.
- Almonte, P. V. (2019). *Conducta sexual de riesgo en pacientes mayores de 18 años con infección por VIH que reciben tratamiento antirretroviral en el hospital Hipólito Unanue de Tacna - 2018*. Tacna, Perú: Universidad Privada de Tacna. Obtenido de <https://repositorio.upt.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12969/684/Almonte-Pilar-Vianca.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Alonzo, G. E., & Gomes, O. E. (2018). *Conocimiento sobre VIH/SIDA y prácticas sexuales en adolescentes*. Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo. Obtenido de <https://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/11892/1817.pdf?sequence=1&isAllod=y>
- Alpa, G. (2016). *La responsabilidad civil. Parte general* (Vol. I). (M. C. Moreno, Trad.) Lima, Lima, Perú: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Alvarez, C. G. (2018). *Relación entre el nivel de conocimiento sobre el virus de inmunodeficiencia humana y síndrome de inmunodeficiencia adquirida y la percepción de riesgo de contagio en adolescentes que cursan 3, 4 y 5 de secundaria en la I. E. "Almirante Miguel Grau" N° 787*. Lima, Lima, Lima: Universidad Nacional Federico Villarreal. Recuperado el 15 de Setiembre de 2021, de <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/1858>
- Brun, P. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual* (Primera edición para el Perú ed.). (G. C. Téllez, & M. E. Cárdenas, Trads.) Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

- Buendía, D. L. (2021). De la antijuridicidad a la injusticia del daño. La antijuridicidad no es elemento de la responsabilidad civil. *Gaceta Civil & Procesal Civil* N° 100, 203-244.
- Bullard, G. A. (2015). Contenido de la indemnización. En C. C. Soto, *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil* (Primera ed., Vol. II, págs. 295-305). Lima, Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades. (Setiembre de 2021). *Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades*. Recuperado el 01 de Abril de 2021, de Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades: https://www.dge.gob.pe/epipublic/uploads/vih-sida/vih-sida_20219_30_081256.pdf
- Chaparro, Q. E. (2017). *Arrendamiento financiero y la responsabilidad extracontractual de los bancos*. Lima, Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8105/CHAPARRO_QUISPE_ELIZABETH_ARRENDAMIENTO_FINANCIERO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Codina, C., Martín, M. T., & Ibarra, O. (2002). La infección por el virus de la inmunodeficiencia humana. En G. P. Cinta, *Farmacia Hospitalaria* (págs. 1494-1516). Madrid: Fundación Española de Farmacia Hospitalaria. Obtenido de <https://www.sefh.es/bibliotecavirtual/fhtomo2/CAP21.pdf>
- Cortés, B. F. (2019). *El Virus de Inmunodeficiencia Humana en las voces de los niños*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado el 08 de Octubre de 2021, de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/45936/VIH%20en%20las%20voces%20de%20los%20ni%C3%B1os.%20enviar%20biblioteca.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cueto, M. (2001). *Culpa y Coraje: Historia de las Políticas sobre el VIH/Sida en el Perú*. Lima, Lima, Perú: Consorcio de Económica y Social / Universidad Peruana Cayetano. Obtenido de <https://www.cies.org.pe/es/publicaciones/diagnostico-y-propuesta/culpa-y-coraje-historias-sobre-las-politicas-sobre-el-vihsida>
- De Trazegnies, G. F. (2001). *La Responsabilidad Extracontractual* (Setima ed., Vol. I). Lima, Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De Trazegnies, G. F. (2015). Estudio preliminar de la Responsabilidad Extracontractual. En C. C. Soto, *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual* (Vol. II, págs. 29-54). Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

- De Trazegnies, G. F. (2015). Estudio preliminar de la Responsabilidad Extracontractual. En C. C. Soto, *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual* (Vol. II, págs. 29-54). Lima: Pacífico Editores S.A.C.
- De Trazegnies, G. F. (2016). *La responsabilidad extracontractual* (Octava ed., Vol. II). Lima, Lima, Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- Del Cid, A., Méndez, R., & Sandoval, F. (2011). *Investigación. Fundamentos y metodología*. (Segunda ed.). (M. N. Viquez, Ed.) Ciudad de México, México: Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana.
- Diez Picazo, y. P. (1999). *Derecho de daños*. Madrid, España: Civitas Ediciones S.L.
- Espinoza, E. J. (2016). *Derecho de la Responsabilidad Civil* (Octava ed.). Lima, Lima, Perú: Intituto Pacífico S.A.C.
- Fernández, C. G. (2015). La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial y la resaclasificación de los daños. En Varios, *Derecho civil extrapatrimonial y responsabilidad civil* (Primera ed., págs. 177-196). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Fernández, C. G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias* (Primera ed.). Lima, Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- Hernández, S. R., Fernández, C. C., & Baptista, L. M. (2014). *Metodología de la Investigación* (Sexta ed.). México D.F.: McGraw-Hill / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Herrera, P. E. (2018). *Justicia en el Derecho Privado y Responsabilidad Civil Extracontractual por Daño No Patrimonial en la Jurisprudencia Peruana*. Tacna, Tacna, Perú: Universidad Privada de Tacna. Recuperado el 26 de Setiembre de 2021, de <https://repositorio.upt.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12969/633/Herrera-Perez-Enlil.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Jalil, J. E. (2020). *Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios* (Primera ed., Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi S.R.L.
- Jalil, J. E. (2020). *Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios* (Primera ed., Vol. 2). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi S.R.L.
- Krieger, W. F., & Jalil, J. E. (2021). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Funciones preventiva, resarcitoria, compensatoria y punitiva*. Buenos Aires, Argentina: Astrea S.R.L.
- León, H. L. (2001). El daño existencial. ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil? *Ius Et Veritas*, Año XI(22), 36-52. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15987>

- León, H. L. (2017). *La responsabilidad civil. Lineas fundamentales y nuevas perspectivas* (Tercera ed.). Lima, Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- León, H. L. (2019). *Derecho privado. Parte General: negocios, actos y hechos jurídicos*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica el Perú Fondo Editorial PUCP.
- Lerma, G. H. (2016). *Metodología de la investigación: propuesta, anteproyecto y proyecto* (Quinta ed.). Bogotá, Colombia: Ecoe Ediciones.
- Lipari, N. (2009). *Las categorías del derecho civil*. Milano.
- Luna, A. N. (2018). *Despenalización del Homicidio Piadoso en la fase terminal de pacientes con SIDA*. Puerto Maldonado: Universidad Andina del Cusco. Obtenido de https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/2113/Nelc_y_Tesis_bachiller_2018.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Luna, A. N. (2018). *Despenalización del Homicidio Piadoso en la fase terminal de pacientes con SIDA*. Puerto Maldonado: Universidad Andina del Cusco.
- Manrique, E. (2022). La propagación de enfermedades peligrosas o contagiosas, el delito que ha vuelto a tomar relevancia jurídica debido a la Covid-19. En U. C. Sapientae, *Sapientia & Iustitia* (págs. 151–164). Lima. Obtenido de <https://doi.org/10.35626/sapientia.4.2.31>
- Martinez, U. N. (2018). *Responsabilidad civil por negligencia médica y la determinación de la indemnización*. Lima, Lima, Lima: Universidad Nacional Federico Villarreal. Recuperado el 27 de Setiembre de 2021, de <http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/2703/MARTINEZ%20URQUIZO%20NOE%20GONZALO%20-%20MAESTRIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Medina, G. (2008). *Daños en el Derecho de Familia* (Segunda ed.). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Méndez, C. E. (2019). *Introducción al derecho romano* (Primera ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Molina, S. C. (2020). *Derecho de Daños*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi S.R.L.
- Morales, H. R. (2019). *Patologías y remedios del contrato* (Segunda ed.). (I. P. S.A.C., Ed.) Lima, Perú: Pacífico Editores S.A.C.
- Moreno, R. K. (2020). *Prevalencia y factores asociados de transmisión vertical del Virus de Inmunodeficiencia Humana durante la gestación*. Lima, Lima, Lima: Universidad Norbert Wiener. Recuperado el 27 de Setiembre de 2021, de <http://repositorio.uwiener.edu.pe/xmlui/handle/123456789/4139>

- Moya, B. F. (2021). *El daño a la persona y daño moral en la responsabilidad civil extracontractual en el Perú*. Lima, Lima, Perú: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Recuperado el 27 de Setiembre de 2021, de https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/655719/MoyaB_F.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Naranjo, S. J., & Rodríguez Antinori, E. O. (2016). Políticas Públicas para la prevención del VIH/SIDA en adolescentes del Sector Salud. *Ciencia y Tecnología*, 12, 69-82.
- Navarro, M. Í., & Veiga, C. A. (2013). *Derecho de Daños* (Primera ed.). Navarra, España: Aranzadi SA.
- Olivares, N. J. (2018). *Factores Clínicos y Epidemiológicos más frecuentes de los pacientes con diagnóstico de VIH/SIDA atendidos en el Hospital de Apoyo I Nuestra Señora de las Mercedes – Paíta durante el periodo Julio 2016 - Junio 2017*. Piura: Universidad Nacional de Piura. Obtenido de <https://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/1191/CIE-OLI-NUN-17.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- ONUSIDA. (Febrero de 2022). *ONUSIDA*. Recuperado el Febrero de 2022, de ONUSIDA: <https://www.unaids.org/es>
- Osterling, P. F., & Castillo Freyre, M. (2003). Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades: SIDA y responsabilidad. *Derecho y Sociedad*, 20, 251-266. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17313>
- Osterling, P. F., & Castillo, F. M. (2003). *Tratado de las obligaciones* (Primera ed., Vols. XVI, Cuarta Parte, Tomo X). Lima, Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Papayannis, D. M. (2014). La práctica del alterum non laedere. En *Isonomía* (Vol. 41, págs. 19-68). Ciudad de México, México: Isonomía. Recuperado el 17 de 03 de 2024, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000200003&lng=es&tlng=es
- Pereda, G. P. (2021). *Estudio práctico de la responsabilidad civil médica*. Santander, España: Universidad de Cantabria. Recuperado el 15 de Noviembre de 2021, de <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/21410/PEREDAGUINEAPABLO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Riveiro, V. A. (2020). *Eficacia del matrimonio. Portación y posible contagio VIH: responsabilidad civil, penal y seguro de vida. Objeción de conciencia farmacéutica. Riesgo durante la lactancia*. La Coruña, España: Universidade Da Coruña. Recuperado el 15 de Noviembre de 2021, de

https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/26863/RiveiroRiveiraAndrea_TFG_2020.pdf

- Sánchez, H. L. (2018). La lex aquilia: la estructura del *damnum iniuria datum* y su evolución a través de la *interpretatio prudentium* y la actividad pretoria. *THEMIS Revista de Derecho*, 73, 165-193. Obtenido de <https://doi.org/10.18800/themis.201801.015>
- Schlesinger, P. (1999). La injusticia del daño en el ilícito civil. *Themis Revista de Derecho*(39), 311-319. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10438>
- Soler, C. C., & Ramos, J. M. (2015). *¿Cómo ves? El VIH/sida* (Primera ed.). México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Obtenido de <https://es.scribd.com/read/394278244/El-VIH-sida#>
- Soto, C. C. (2015). A modo de introducción. La Responsabilidad Civil en el Código Civil peruano de 1984. En C. C. Soto, *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual* (Primera ed., Vol. I, págs. 29-40). Lima, Perú: Pacífico Editores S.A.C.
- Soto, C. C. (2015). *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*. (Primera ed., Vol. II). (I. P. S.A.C., Ed.) Lima, Perú: Pacífico Editores S.A.C.
- Taboada, C. L. (2001). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Tamayo, J. J. (2015). Clasificación de los daños y perjuicios. En G. J. S.A., *Derecho civil extrapatrimonial y responsabilidad civil* (Primera ed., págs. 197-270). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Terradillos, B. J. (2014). *La investigación en el Derecho Penal. Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica N.º 1* (Primera ed.). Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica.
- Torres, B. M. (2021). El lucro censante. Algunas ideas sobre su prueba y su cuantificación. En P. C. Calderón, & C. J. Chipana, *Derecho de daños en el Perú. Comentarios a la jurisprudencia casatoria sobre responsabilidad civil* (Primera ed., págs. 93-108). Lima, Lima, Perú: Motivensa SRL.
- Torres, M. M. (Febrero de 2019). ¿Cómo valorar y cuantificar el daño material (daño emergente y lucro cesante)? *Gaceta Civil & Procesal Civil* N° 68, 127-157.
- Torres, V. A. (2015). Prueba del dolo y culpa inexcusable. En C. C. Soto, *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil* (Primera ed., Vol. I, págs. 329-344). Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.

- Valdez, C., & Carmen, B. d. (2012). *Análisis de la gestión social y capacidad organizacional de la ONG IMPACTA para atender a la población más vulnerable de adquirir VIH mediante el Programa de Atención Médica Periódica*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5817/VALDEZ_BETTINA_TATAJE_ANABELI_ANALISIS_IMPACTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Valdivia, R. C. (Enero de 2021). El daño moral: problemática de su probanza y la ausencia de criterios para su reparación. *Gaceta Civil & Procesal Civil* N° 91, 203-220.
- Varsi, R. E. (1997). *Derecho y manipulación genética* (Segunda ed.). Lima, Lima, Perú: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima.
- Varsi, R. E. (2001). *Derecho médico peruano*. (F. d. Editorial, Ed.) Lima, Lima, Perú: Universidad de Lima.
- Varsi, R. E. (2014). *Tratado de Derecho de las Personas* (Primera ed.). Lima, Lima, Perú: El Búho E.I.R.L.
- Vega, C. J. (2018). *Conocimientos sobre infección de transmisión sexual y virus de inmunodeficiencia humana, y su relación con la conducta sexual agresiva, en estudiantes Instituto Superior Público Sullana*. Trujillo, La Libertad, Perú: Universidad Cesar Vallejo. Recuperado el 15 de Setiembre de 2021, de <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/29289>
- Veloza, M. Y. (2018). *De la responsabilidad civil médica en el procedimiento transfusional o de toma de una simple muestra de sangre*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Recuperado el 15 de Noviembre de 2021, de <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/22967>

ANEXOS

Anexo 1:
Matriz de Operacionalización de Categorías

Anexo 1:
Matriz de Operacionalización de Categorías

TÍTULO: “Tutela resarcitoria por daños derivados de la transmisión del VIH en el ordenamiento jurídico peruano - 2022”

Categorías de Estudio	Subcategorías	Métodos	Técnicas	Instrumentos
Primera categoría de estudio: Transmisión sexual del VIH	- Virus y estructura - Fases evolutivas - Consecuencias	Analítico	Acopio y análisis documental	Ficha de análisis documental
Segunda categoría de estudio: Responsabilidad civil extracontractual	- Naturaleza Jurídica - Principio <i>alterum non laedere</i> - Elementos - Tutela resarcitoria	Analítico	Acopio y análisis documental	Ficha de análisis documental

Anexo 2:
Matriz de Consistencia

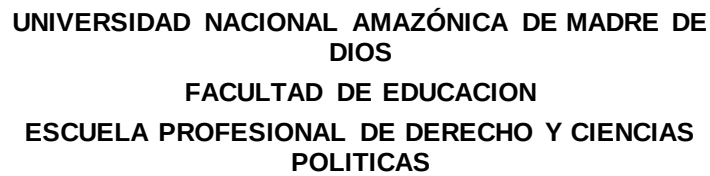
Anexo 2:
Matriz de Consistencia

TÍTULO: “Tutela resarcitoria por daños derivados de la transmisión del VIH en el ordenamiento jurídico peruano - 2022”

PROBLEMA	OBJETIVOS	METODOLOGÍA
¿En qué medida los daños derivados de la transmisión sexual del VIH pueden tutelarse a través de la responsabilidad civil extracontractual en el ordenamiento jurídico peruano?	Determinar en qué medida los daños derivados de la transmisión sexual del VIH pueden tutelarse a través de la responsabilidad civil extracontractual en el ordenamiento jurídico peruano.	Enfoque: Cualitativo Tipo de estudio: Dogmática analítica o exploratoria Diseño de la investigación: No experimental Carácter de la investigación: Descriptivo, explicativo y correlacional

PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	
¿Cuál es el alcance del principio <i>alterum non laedere</i> frente a los daños derivados de la transmisión sexual del VIH? ¿En qué medida los daños derivados por la transmisión sexual del VIH pueden tutelarse por el tipo de responsabilidad civil subjetiva? ¿Qué daños extrapatrimoniales puede generar la transmisión sexual del VIH?	Determinar el alcance del principio <i>alterum non laedere</i> frente a los daños derivados de la transmisión sexual del VIH. Determinar en qué medida los daños derivados de la transmisión sexual del VIH pueden tutelarse por el tipo de responsabilidad civil subjetiva. Establecer los daños extrapatrimoniales que puede generar la transmisión sexual del VIH.	Población y muestra: Indeterminables Método: Analítico Técnicas: Acopio y análisis documental Instrumentos: Ficha de análisis documental

Anexo 3:
Instrumento



Puerto Maldonado, marzo de 2024

Anexo 4:
Solicitud de validación de instrumento

Solicito: Consentimiento
Informado o Validación de
instrumento

Sr.

Mg. Rolando José Camarena Quispe

Docente de la Universidad Nacional Amazónica de Madre de Dios

Jhoel Gutiérrez Figueroa, identificado con DNI N° 73799795, con domicilio real en el inmueble N° C-2 del Pasaje Las Orquídeas, del distrito y provincia de Tambopata Región de Madre de Dios; a Ud. en atenta forma digo:

Que, el suscrito en su condición de Bachiller de la Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas de la UNAMAD, tengo a bien informar, que encontrándome en la Fase final del desarrollo de mi trabajo de investigación titulado: **"Tutela resarcitoria por daños derivados de la transmisión del VIH en el Ordenamiento Jurídico Peruano - 2022"**; recorro a su digna persona, para solicitarle se sirva validar el instrumento de la presente investigación; tomando en cuenta por ello, el Grado Académico de Magister que ostenta, inscrito en los Registros de Grados y Títulos de la SUNEDU.

Agradeciendo anticipadamente la atención que brinde al presente, quedo a la espera de su respuesta.

Puerto Maldonado, 25 de abril de 2024



Jhoel Gutiérrez Figueroa

DNI N° 73799795

Solicito: Consentimiento
Informado o Validación de
instrumento

Sr.

Mg. Anibal Abdón Yampara Vilca

Docente de la Universidad Nacional Amazónica de Madre de Dios

Jhoel Gutiérrez Figueroa, identificado con DNI N° 73799795, con domicilio real en el inmueble N° C-2 del Pasaje Las Orquídeas, del distrito y provincia de Tambopata Región de Madre de Dios; a Ud. en atenta forma digo:

Que, el suscrito en su condición de Bachiller de la Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas de la UNAMAD, tengo a bien informar, que encontrándome en la Fase final del desarrollo de mi trabajo de investigación titulado: **"Tutela resarcitoria por daños derivados de la transmisión del VIH en el Ordenamiento Jurídico Peruano - 2022"**; recorro a su digna persona, para solicitarle se sirva validar el instrumento de la presente investigación; tomando en cuenta por ello, el Grado Académico de Doctor que ostenta, inscrito en los Registros de Grados y Títulos de la SUNEDU.

Agradeciendo anticipadamente la atención que brinde al presente, quedo a la espera de su respuesta.

Puerto Maldonado, 25 de abril de 2024



Jhoel Gutiérrez Figueroa
DNI N° 73799795

Anexo 5:
Carta de aceptación de validación de instrumento

**CARTA DE ACEPTACIÓN DE ASESORÍA SOBRE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO
DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

A : Dra. María Isabel Puma Camargo
Decana de la Facultad de Educación de la
UNAMAD

DE : Mg. Rolando José Camarena Quispe

TITULO : "Tutela resarcitoria por daños derivados de
la transmisión del VIH en el Ordenamiento
Jurídico Peruano - 2022"

TESISTA: Bachiller: Jhoel Gutiérrez Figueroa

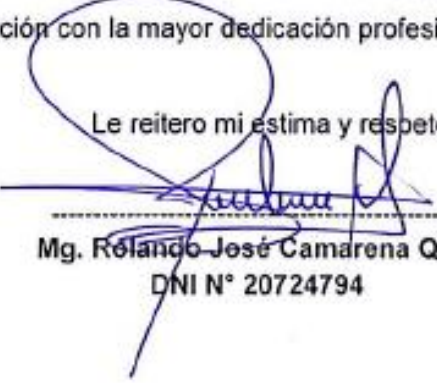
CARRERA: Derecho y Ciencias Políticas

FECHA : 30 de abril del 2024

Estimada Decana de la Facultad de Educación de la Universidad Nacional Amazónica de Madre de Dios, me es grato dirigirme a Ud., para comunicarle que he recibido la petición de validar el Trabajo de investigación, denominado: "**Tutela resarcitoria por daños derivados de la transmisión del VIH en el Ordenamiento Jurídico Peruano - 2022**"; presentado por el Bachiller de la Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas: **Jhoel Gutiérrez Figueroa**, quien pretenden optar el Título Profesional de Abogado.

Debo poner en su conocimiento que es un honor y una satisfacción, aceptar la petición de la Bachiller de Derecho y Ciencias Políticas, a fin de validar los instrumentos utilizados en la presente investigación y en mi condición de Maestro especialista y experto en la materia, a dicho requerimiento **ACEPTO** formalmente asumir con responsabilidad esta tarea, comprometiéndome a desempeñar tal función con la mayor dedicación profesional.

Le reitero mi estima y respeto.


Mg. Rolando José Camarena Quispe
DNI N° 20724794

**CARTA DE ACEPTACIÓN DE ASESORÍA SOBRE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO
DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

A : Dra. María Isabel Puma Camargo
Decana de la Facultad de Educación de la
UNAMAD

DE : Mg. Anibal Abdón Yampara Vilca

TITULO : "Tutela resarcitoria por daños derivados de
la transmisión del VIH en el Ordenamiento
Jurídico Peruano - 2022"

TESISTA: Bachiller: Jhoel Gutiérrez Figueroa

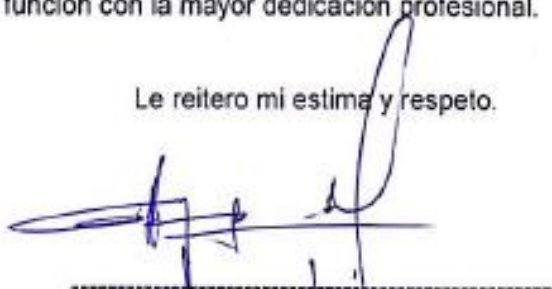
CARRERA: Derecho y Ciencias Políticas

FECHA : 29 de abril del 2024

Estimada Decana de la Facultad de Educación de la Universidad Nacional Amazónica de Madre de Dios, me es grato dirigirme a Ud., para comunicarle que he recibido la petición de validar el Trabajo de investigación, denominado: "**Tutela resarcitoria por daños derivados de la transmisión del VIH en el Ordenamiento Jurídico Peruano - 2022**"; presentado por el Bachiller de la Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas: **Jhoel Gutiérrez Figueroa**, quien pretenden optar el Título Profesional de Abogado.

Debo poner en su conocimiento que es un honor y una satisfacción, aceptar la petición de los Bachilleres de Derecho y Ciencias Políticas, a fin de validar los instrumentos utilizados en la presente investigación y en mi condición de Doctor especialista y experto en la materia, a dicho requerimiento **ACEPTO** formalmente asumir con responsabilidad esta tarea, comprometiéndome a desempeñar tal función con la mayor dedicación profesional.

Le reitero mi estima y respeto.



Mg. Anibal Abdón Yampara Vilca
DNI N° 40903838

Anexo 6:
Ficha de validación

FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

Título del trabajo de investigación: "Tutela resarcitoria por daños derivados de la transmisión del VIH en el Ordenamiento Jurídico Peruano - 2022"

Nombre del instrumento: Cuestionario.

Investigadores: Jhoel Gutiérrez Figueroa

DATOS DEL EXPERTO:

Nombres y Apellidos: Rolando José Camarena Quispe

Lugar y fecha: 30 de abril del 2024

II. OBSERVACIONES EN CUANTO A:

1. FORMA: (Ortografía, coherencia lingüística, redacción)

Ninguna

2. CONTENIDO: (Coherencia en torno al instrumento. Si el indicador corresponde a los ítems y dimensiones)

Ninguna

3. ESTRUCTURA: (Profundidad de los ítems)

Ninguna

III. APOORTE Y/O SUGERENCIAS:

Ninguna

LUEGO DE REVISADO EL INSTRUMENTO:

Procede su aplicación



Debe corregirse




Firma
Mg. Rolando José Camarena Quispe
DNI N° 20724794
Celular: 989198248

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

Título del trabajo de investigación: "Tutela resarcitoria por daños derivados de la transmisión del VIH en el Ordenamiento Jurídico Peruano - 2022"

Nombre del instrumento: Cuestionario.

Investigador: Jhoel Gutiérrez Figueroa

CRITERIO	INDICADORES	CRITERIOS	Deficiente 0-20%	Regular 21-40%	Buena 41-60%	Muy Buena 61-80%	Excelente 81-100%
Forma	REDACCIÓN	Los indicadores e ítems están redactados considerando los elementos necesarios.				X	
	CLARIDAD	Está formulado con un lenguaje apropiado.				X	
	OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas observables.					X
Contenido	ACTUALIDAD	Es adecuado al avance de la ciencia y la tecnología.				X	
	SUFICIENCIA	Los ítems son adecuados en cantidad y profundidad.					X
	INTENCIONALIDAD	El instrumento mide en forma pertinente las variables de investigación.				X	
Estructura	ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica entre todos los elementos básicos de la investigación.				X	
	CONSISTENCIA	Se basa en aspectos teóricos científicos de la investigación educativa.					X
	COHERENCIA	Existe coherencia entre los ítems, indicadores, dimensiones y variables				X	
	METODOLOGÍA	La estrategia responde al propósito del diagnóstico.					X

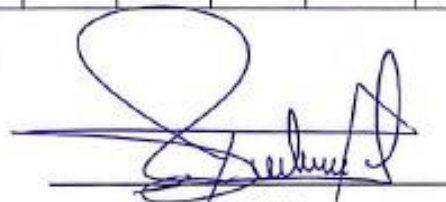
1. LUEGO DE REVISADO EL INSTRUMENTO:

Procede su aplicación

☒

Debe corregirse

☐


Firma
Mg. Rolando José Camarena Quispe
DNI N° 20724794
Celular: 989198248

FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

Título del trabajo de investigación: "Tutela resarcitoria por daños derivados de la transmisión del VIH en el Ordenamiento Jurídico Peruano - 2022"

Nombre del instrumento: Cuestionario.

Investigador: Jhoel Gutiérrez Figueroa

DATOS DEL EXPERTO:

Nombres y Apellidos: Mg. Anibal Abdón Yampara Vilca

Lugar y fecha: 29 de abril del 2024

II. OBSERVACIONES EN CUANTO A:

1. FORMA: (Ortografía, coherencia lingüística, redacción)

Ninguna

2. CONTENIDO: (Coherencia en torno al instrumento. Si el indicador corresponde a los ítems y dimensiones)

Ninguna

3. ESTRUCTURA: (Profundidad de los ítems)

Ninguna

III. APOORTE Y/O SUGERENCIAS:

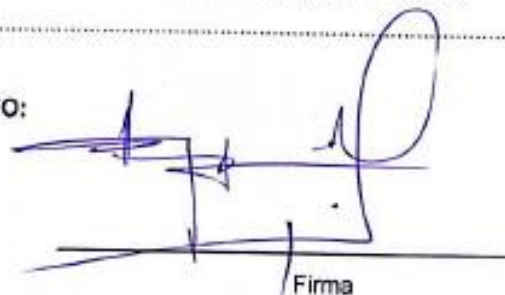
Ninguna

LUEGO DE REVISADO EL INSTRUMENTO:

Procede su aplicación

☐

Debe corregirse

☐

Firma

Mg. Anibal Abdón Yampara Vilca

DNI N° 40903838

Celular: 917001213

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

Título del trabajo de investigación: "Tutela resarcitoria por daños derivados de la transmisión del VIH en el Ordenamiento Jurídico Peruano - 2022"

Nombre del instrumento: Cuestionario.

Investigadores: Jhoel Gutiérrez Figueroa

CRITERIO	INDICADORES	CRITERIOS	Deficiente 0-20%	Regular 21-40%	Bueno 41-60%	Muy Bueno 61-80%	Excelente 81-100%
Forma	REDACCIÓN	Los indicadores e ítems están redactados considerando los elementos necesarios.			X		
	CLARIDAD	Está formulado con un lenguaje apropiado.			X		
	OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas observables.			X		
Contenido	ACTUALIDAD	Es adecuado al avance de la ciencia y la tecnología.			X		
	SUFICIENCIA	Los ítems son adecuados en cantidad y profundidad.			X		
	INTENCIONALIDAD	El instrumento mide en forma pertinente las variables de investigación.			X		
Estructura	ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica entre todos los elementos básicos de la investigación.			X		
	CONSISTENCIA	Se basa en aspectos teóricos científicos de la investigación educativa.			X		
	COHERENCIA	Existe coherencia entre los ítems, indicadores, dimensiones y variables.			X		
	METODOLOGÍA	La estrategia responde al propósito del diagnóstico.			X		

II. LUEGO DE REVISADO EL INSTRUMENTO:

Procede su aplicación



Debe corregirse



Firma

Mg. Anibal Abdón Yampara Vilca

DNI N° 40903838

Celular: 917001213

Anexo 7:
Jurisprudencia analizada



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 2709-2013
CAÑETE

La prueba actuada es insuficiente para emitir sentencia condenatoria

Sumilla. La prueba actuada a lo largo del proceso penal es insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste al inculpado; por lo que la sentencia impugnada fue emitida conforme a Ley.

Lima, nueve de marzo de dos mil quince.-

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público, la sentencia de folios ochocientos setenta, del veinticinco de julio de dos mil trece; que absolvió a **HEBER ANTONIO CÓRDOVA ASÍN**, como autor del delito contra la Salud Pública-propagación de enfermedad peligrosa, en agravio de la menor de iniciales C. P. C. F., Rosa Adelina Ayaucán Carbonel, Nathaly Catherine Francia Quispe y Candy Melisa Manco Tuanamá. De conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Príncipe Trujillo.

CONSIDERANDO

PRIMERO. El representante del Ministerio Público, en su recurso formalizado de folios ochocientos setenta y nueve, sostiene que: 1) La Sala Superior Penal no valoró el Oficio 020-007-DIS.-III-L-HRC-DEOL, emitido por el Hospital Rezola de Cañete, a folios ciento veintiséis, donde se informa que el acusado, los días dieciocho y veintisiete de abril de dos mil seis acudió a dicho hospital, donde se realizó dos pruebas de VIH en el servicio de laboratorio, con resultados reactivos, lo cual significa "positivo", por lo que se le comunicó que se hiciera



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 2709-2013
CAÑETE

una contraprueba a la cual no acudió, de lo que se colige que el acusado sí tomó conocimiento de que era portador del virus del VIH.
ii) El Colegiado Superior no valoró el hecho de que el procesado mantuvo relaciones sexuales con las agraviadas, la menor de iniciales C. P. C. F., Candy Melisa Manco Tuanamá y Rosa Adelina Ayaucán.

SEGUNDO. Según la acusación fiscal, de folios quinientos cincuenta, se atribuye al procesado Heber Antonio Córdova Asín haber transmitido el virus del VIH a las menores C. P. C. F., Rosa Adelina Ayaucán Carbonel, Nathaly Catherine Francia Quispe y Candy Melisa Manco Tuanamá, con quienes, a sabiendas de que era portador del virus y sin el conocimiento de ellas, mantuvo relaciones sexuales.

TERCERO. En un proceso penal, la determinación de si los acusados son o no responsables penalmente y, por tanto, si sus actuaciones, que es precisamente lo que se juzga, merecen la aplicación de una pena o no, impone al juzgador la exigencia de realizar un doble juicio:
i) De una parte, **un juicio histórico** orientado a establecer si un determinado hecho o conjunto de hechos existió o no con anterioridad al proceso. ii) De otra parte, **un juicio de valoración jurídica** que se dirige lógicamente a concluir si el hecho que históricamente sucedió puede ser calificado como penalmente ilícito y merece la imposición de una pena; por ello, la sentencia constituye un silogismo que parte de **una premisa mayor**, constituida por la norma, y una premisa menor que se concreta en los hechos, con lo que se tiene, finalmente, al fallo como conclusión.

Por otro lado, el proceso penal tiene por finalidad alcanzar la verdad concreta, para lo cual se debe establecer plena correspondencia



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 2709-2013
CAÑETE

31

entre la identidad del autor del ilícito y de la persona sometida a proceso, previa evaluación de los medios probatorios acopiados con la finalidad de acreditar o no la comisión del delito y la responsabilidad o irresponsabilidad penal del encausado. Es por ello que para imponer una sentencia condenatoria es preciso que el juzgador tenga plena certeza respecto de la responsabilidad penal del imputado, la que solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente, sin la cual no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que tiene todo imputado, conforme la garantía prevista en el parágrafo "e", del inciso veinticuatro, del artículo dos, de la Constitución Política del Estado.

CUARTO. Analizado todo lo actuado, se observa que el encausado Heber Antonio Córdova Asín negó los cargos, tanto a nivel preliminar, como en la etapa de instrucción y en el acto oral, versión que por cierto resulta uniforme, coherente y persistente; lo que deberá ser analizado con todo lo actuado a lo largo del proceso.

QUINTO. Según el acusador, se le imputa al procesado haber contagiado dolosamente con el VIH a las agraviadas; no obstante, esta hipótesis criminógena no se acreditó en autos; por el contrario, los medios probatorios actuados determinaron como válida la versión de defensa del encausado, referente a que no conocía que era portador del VIH. En este contexto, se observa que: **1)** A folios seiscientos cincuenta y siete obra el Informe Médico de Heber Antonio Córdova Asín, emitido por el Hospital Cayetano Heredia, del veintiocho de junio de dos mil diez, el cual concluye que se demostró que el encausado está infectado con VIH en estadio IV (sida); además, se precisa que



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 2709-2013
CAÑETE

32

este inició su tratamiento en octubre de dos mil siete (con retrovirales); así como que su última consulta fue el cuatro de agosto de dos mil nueve. **ii)** Por otro lado, a folios trescientos noventa y nueve, obra el Certificado Médico número 001623~PF-HC, practicado al encausado, en el que sobre la base de la Historia Clínica número 179759 y el examen de VIH no reactivo del dieciocho de diciembre de dos mil seis, concluye que solo se evidencia resultado negativo de Elisa para VIH. **iii)** En este sentido, se colige que en el año dos mil seis el procesado Herber Antonio Córdova Asín no fue diagnosticado como infectado por VIH, pues sus resultados en esa época (hasta enero de dos mil siete) fueron no reactivos; posteriormente, en octubre de dos mil siete, el encausado inició su tratamiento antirretroviral, lo cual acredita que al tiempo que mantuvo una relación con la menor de iniciales C. P. C. F., desconocía que era portador del virus del VIH.

SEXTO. Por otro lado, cabe anotar que no obstante que a folios ciento veintiséis obra el Oficio número 020-007-DISA-III-LHRC-DE-OL, del trece de febrero de dos mil siete; el cual señala que los días dieciocho y veintisiete de abril de dos mil seis, el acusado fue sometido a pruebas médicas respecto al VIH, las cuales arrojaron resultado reactivo, por lo que incluso se ordenó una contraprueba, la cual no se realizó; esto no acredita el conocimiento previo de su enfermedad, que pueda, a su vez, acreditar que actuó dolosamente al mantener relaciones sexuales con las agraviadas, pese a conocer que estaba infectado con el VIH (lo que fue anotado en la Ejecutoria Suprema de folios setecientos once), pues obra en autos el Informe número 314-DISA-III-L-HR-UE-2007, de folios doscientos cuarenta y siete, emitido por el Director del Hospital Rezola, quien al ser requerido por el juzgador, a fin de que



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 2709-2013
CAÑETE

33

precise dicha información, contestó con el envío del resultado del examen realizado al acusado, el dieciocho de diciembre de dos mil seis, el cual arrojó resultado no reactivo; por el contrario, con respecto a las pruebas de fecha dieciocho y veintisiete de abril de dos mil seis, no se aprecia mayor información, todo lo cual determina que no existe prueba suficiente o idónea que determine que el acusado tenía conocimiento de su condición médica, al no poder ser contrastada dicha información con otro medio probatorio idóneo y eficaz.

SÉPTIMO. Asimismo, obra en autos, a folios ciento ochenta y nueve, el resultado del análisis de Elisa de la agraviada Rosa Adelina Ayaucán Carbonel, del ocho de febrero de dos mil siete, el cual arrojó resultado negativo para VIH; además, a folios trescientos noventa y ocho obra el Certificado Médico Legal de la agraviada Nathaly Catherine Francia Quispe, que concluyó que se le realizaron las pruebas de VDRL, con resultado no reactivo; es decir, negativo generalmente para sífilis; lo que en modo alguno puede acreditar que esta se haya infectado con el VIH. Por otro lado, con respecto a la agraviada Candy Melisa Manco Tuanamá, a folios trescientos veintitrés, obra su Historia Clínica emitida por el Hospital Rezola de Cañete, en la que se consigna como fecha de ingreso el diez de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, en la que además se señala que es paciente de VIH; a lo que se suma que, a folios trescientos noventa y siete, obra el Certificado Médico Legal de Candy Melisa Manco Tuanamá, en cuyas conclusiones se señala que la paciente es portadora de la enfermedad de transmisión sexual VIH.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 2709-2013
CAÑETE

34

OCTAVO. Asimismo, cabe anotar que no se determinó que el procesado fuera la persona que contagió a Candy Melisa Manco Tuanamá, más aún si consideramos la declaración testimonial de la médico del Hospital Cayetano Heredia, Leslie Marcial Soto Arquíñigo, quien atendió a la citada en el año dos mil cinco, pues señaló que: "La paciente llega en el estadio cien, lo que implica que las defensas están bajas, pues las normales están en rango de mil; es difícil precisar desde cuándo habría adquirido esta enfermedad; no hay forma exacta de determinar, no es fácil [...]. Podría ser que esta persona haya podido tener el VIH antes de mil novecientos noventa y seis", lo que no permite establecer con certeza que fue el procesado quien contagió a Candy Melisa Manco Tuanamá.

NOVENO. De lo expuesto, se concluye que el procesado Herber Antonio Córdova Asín, si bien mantuvo relaciones sentimentales en diferentes periodos con las agraviadas: **i)** Candy Melisa Manco Tuanamá (1996-2000), con quien procreó una hija. **ii)** Rosa Adelina Ayaucán Carbones (2002). **iii)** Nathaly Catherine Francia Quispe (2003), con quien procreó un hijo. **iv)** Con la menor de iniciales C. P. C. F. (2005-2006); no obstante, se puede colegir que este no tenía conocimiento de su enfermedad, ya que fue diagnosticado en septiembre de dos mil siete, por lo que resulta contradictorio que Candy Melisa Manco Tuanamá, con quien mantuvo relaciones desde el año mil novecientos noventa y seis hasta el dos mil, sea portadora del virus del VIH; y, sin embargo, Rosa Ayaucán Carbones y Nataly Francia Quispe no resultaran infectadas del virus, de acuerdo con los actuados; razón por la que se concluye que el procesado ignoraba su enfermedad.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 2709-2013
CAÑETE

35

Al respecto, cabe notar finalmente que, el derecho a la presunción de inocencia significa, esencialmente, el derecho de todo acusado de ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba válida de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, desarrollada o constatada y ratificada en el acto del juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad (Gimeno Sendra, Vicente; y otros. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Primera edición. Editorial Cóllex, 2007, p. 480); derecho-principio que se encuentra amparado en el artículo dos, inciso veinticuatro, parágrafo e), de nuestra Constitución Política del Estado y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ello en razón a que esta incriminación no fue validada con otros elementos probatorios que le den sustento.

DÉCIMO. En tal entendido, en atención a que el tipo penal descrito requiere para su consumación la presencia del elemento subjetivo dolo, y en consideración a que el acusado fue diagnosticado como portador del VIH en el estadio de enfermedad (SIDA) recién en el año dos mil siete (a raíz de este proceso), no se puede concluir que el acusado, con conocimiento de su condición médica, haya procedido a contagiar a las citadas agraviadas.

Por lo tanto, el Superior Colegiado arribó a un juicio correcto, por lo que la sentencia impugnada se encuentra ajustada a derecho.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

36
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 2709-2013
CAÑETE

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de folios ochocientos setenta, del veinticinco de julio de dos mil trece; que absolvió a **HEBER ANTONIO CÓRDOVA ASÍN**, como autor del delito contra la Salud Pública-propagación de enfermedad peligrosa, en agravio de la menor de iniciales C. P. C. F., Rosa Adelina Ayaucán Carbonel, Nathaly Catherine Francia Quispe y Candy Melisa Manco Tuanamá. Con lo demás que contiene y es materia del recurso. Y los devolvieron. Interviene el señor juez supremo Loli Bonilla, por licencia del señor juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

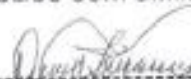
SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

LOLI BONILLA

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Day Yariwilda Chávez Troncoso
Secretario (a)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

HPT/lrf

✓

95

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. No. 2593-2012

CUSCO

Lima, ocho de noviembre de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fojas doscientos setenta y cuatro, del treinta de mayo de dos mil doce; de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO: Primero: Que el Fiscal Superior en la formalización de su recurso de nulidad de fojas doscientos ochenta y uno sostiene que se debió tomar en cuenta la gravedad de los hechos, esto es, que el menor agraviado sólo contaba con diez años de edad a la fecha de los hechos, así como las lesiones que le fueron causadas y la enfermedad venérea que le transmitió el acusado Carlos Carrasco Polanco, por tanto solicita se eleve la pena y el monto de la reparación civil. **Segundo:** Que se imputa al acusado Carrasco Polanco haber abusado sexualmente del menor agraviado de iniciales I.Q.G. cuando contaba con diez años de edad, quien vivía con su madre en la Comunidad de Urco en la Provincia de Calca, lugar del que el acusado también es vecino; que aprovechando la minoría de edad del agraviado, con una serie de engaños, en fechas no determinadas y en reiteradas oportunidades, en el año mil novecientos noventa y seis, lo condujo hacia su vivienda y otros lugares, donde le hizo sufrir el acto sexual contranatura, y además le contagió la enfermedad venérea de sífilis, hecho que no avisó el menor por miedo, y que a raíz del quebrantamiento de su salud, debido a las lesiones que presentaba en el ano y glúteos fue conducido al Hospital Integrado de Calca, a consecuencia de lo cual se estableció los abusos sexuales a los que había sido sometido; que el acusado consciente de su responsabilidad penal se dio a la fuga. **Tercero:** Que está fuera de toda discusión la culpabilidad del acusado Carrasco

TF

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. No. 2593-2012

CUSCO

-2-

//.. Polanco en la comisión de los hechos punibles materia de acusación, circunscribiéndose la impugnación al extremo de la determinación judicial de la pena impuesta y el monto de la reparación civil. **Cuarto:** Que para ello, es de tener en cuenta lo dispuesto en los artículos Octavo y Noveno del Título Preliminar del Código Penal y los numerales cuarenta y cinco y cuarenta y seis del citado Código, debiendo valorarse las circunstancias que acompañaron a la comisión de los delitos -violación de menor, lesiones graves y propagación de enfermedades contagiosas- y la conducta del citado encausado. **Quinto:** Que, el acogimiento a la conformidad procesal determina la aminoración de la pena, empero no implica y ni siquiera autoriza a imponer la pena conminada mínima, para el delito más grave -que en el caso de autos corresponde al de violación de menor, previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, modificado por Ley número veintiséis mil doscientos noventa y tres, que sancionaba el delito con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince-, ya que la misma podrá graduarse entre un séptimo o menos de la pena concreta, como lo prevé el Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, ello porque no es lo mismo culminar la causa en sede de instrucción, poniéndole fin al proceso anticipadamente, que esperar su culminación en el inicio del juicio oral; y si bien, se advierte el atenuante válido de orden sustantivo, pues el acusado era agente de responsabilidad restringida, ya que al momento de los hechos -mil novecientos noventa y seis- era menor de veintiún años, como consta de la Ficha del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de fojas ciento treinta y dos; circunstancia que le resultó de aplicación conforme a lo previsto en el primer párrafo del artículo veintidós del Código Penal

TP.

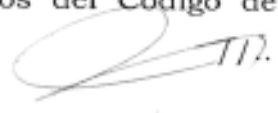
SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. No. 2593-2012

CUSCO

-3-

//.. y que faculta al juzgador a disminuir prudencialmente la pena; y no obstante que el segundo párrafo de la citada norma penal señala que *"está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual..."*, este Colegiado estima que tal disposición colisiona con la garantía constitucional de igualdad jurídica -en puridad, principio y derecho fundamental- prevista en el inciso dos del artículo dos de la Constitución Política del Estado, toda vez que el tratamiento especial que implica la denominada "responsabilidad restringida" se basa en la condición personal del procesado, ubicándose en la teoría del delito en la llamada "capacidad de culpabilidad", sin que sea relevante la antijuricidad, es decir, el contenido del injusto penal, por lo que resulta evidente que introducir una excepción a la aplicación de esa diferencia de trato -propia de individuos objetivamente diferentes por su situación personal- fundada en un criterio de diferenciación por la naturaleza del delito, deviene en arbitraria, discriminatoria e inconstitucional, existiendo en el caso concreto una evidente incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal, por lo que en uso de la atribución del control difuso establecida por el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, debe resolverse con arreglo a la norma de mayor rango, y por tanto, aplicar plenamente, sin excepciones irrazonables el primer párrafo del artículo veintidós del Código Sustantivo; en consecuencia la sanción impuesta no guarda relación con la penalidad que prevé el delito más grave; que, en este sentido, la rebaja efectuada excede los alcances del mencionado Acuerdo Plenario y el atenuante de orden sustantivo descrito; resultando procedente elevar la pena prudencialmente de conformidad a lo previsto en el inciso tres del artículo trescientos del Código de

 M.

18

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. No. 2593-2012

CUSCO

-4-

///.. Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve. **Sexto:** Que la reparación civil está en función al daño causado, sin que en la concreción de su monto deba advertirse las posibilidades económicas del responsable o su situación personal, en tanto que ésta se orienta a reparar e indemnizar a la parte agraviada por el daño generado por la conducta del responsable; que, bajo este criterio, debe tomarse como parámetro el monto solicitado por el Fiscal Superior en el escrito de acusación de fojas ochenta y nueve; en consecuencia, es del caso elevar prudencialmente el monto de la reparación civil fijada en la recurrida, en mérito a la magnitud del daño ocasionado por los delitos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo noventa y tres del Código Penal. Por estos fundamentos: Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas doscientos setenta y cuatro, del treinta de mayo de dos mil doce, en la parte recurrida, que impone a Carlos Carrasco Polanco ocho años de pena privativa de libertad y fija en mil nuevos soles el monto de la reparación civil que debe abonar a favor del agraviado de iniciales I.Q.G. y en trescientos nuevos soles que debe abonar por el mismo concepto a favor del Estado; con lo demás que al respecto contiene; reformándola en estos extremos: le **IMPUSIERON** once años de pena privativa de libertad, la misma que con descuento de la carcelería que viene sufriendo del nueve de abril de dos mil doce -fojas doscientos-, vencerá el ocho de abril de dos mil veintitrés; y **FIJARON** en tres mil quinientos nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de los agraviados, a razón de tres mil nuevos soles a favor del agraviado de iniciales I.Q.G., y en quinientos nuevos soles a favor del Estado; con lo

117

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. No. 2593-2012

CUSCO

-5-

//.. demás que contiene y es materia del recurso, en el proceso que se le sigue por delitos de Violación de la Libertad Sexual -violación de menor-, Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud -lesiones graves- en perjuicio del agraviado de iniciales I.Q.G., y contra la Salud Pública -propagación de enfermedades contagiosas- en agravio del Estado; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

VILLA BONILLA

TELLO GILARDI

SE PUBLICO CONFORME A LEY

JLC/mrr.

DINY YURIANIEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

26 DIC. 2012