



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN



TITULO:

**“EL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL
EN LAS SENTENCIAS PENALES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE
LAMBAYEQUE EN EL AÑO 2016”**

TESIS

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

DEYVI PÉREZ ALARCON

ASESOR:

Dr. JOSE HORNA SEGURA

CHICLAYO-PERÚ

2019

**EL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN LAS
SENTENCIAS PENALES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE
EN EL AÑO 2016”**

*Tesis presentado por el Bachiller Sr. **Deyvi Pérez Alarcón**, a la facultad de Derecho y educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado.*

Bachiller: Deyvi Pérez Alarcón

*Dr. José Horna Segura
Asesor*

Aprobado por:

*Dr. Lito Becerra Angulo
Presidente*

*Mg. Javier Díaz Diaz
Secretario*

*Dr. Teófilo Ramón Rojas Quispe
Vocal*

DEDICATORIA

A Dios por brindarme salud y la oportunidad de desarrollarme de forma correcta como persona y profesional.

A mis padres por su gran esfuerzo e inculcarme los valores como persona; por su apoyo constante y su amor inmenso.

A mi familia, que me inspira día a día en luchar y conseguir mis metas, a ellos mi amor infinito.

El Bachiller

AGRADECIMIENTO

A mis padres, fruto de su esfuerzo es lo que me va formando personal y profesionalmente

A la Universidad Particular de Chiclayo, Filial Jaén; por acogerme en sus aulas y a sus docentes de la Facultad de Derecho.

PRESENTACIÓN

Cuando se comete un ilícito penal no sólo se está afectando un bien jurídico que determina una sanción penal sino además se vulnera un interés protegido por el ordenamiento jurídico, por lo que surge el derecho, en la esfera jurídica de la víctima (o de sus herederos), a una compensación.

“el hecho punible origina no sólo consecuencias de orden penal sino también civil, por lo cual – en principio- toda persona que realice una conducta típica, antijurídica y culpable, trate de imputable o inimputable, debe restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del ilícito, cuando ello fuera posible, y resarcir los daños o perjuicios ocasionados al perjudicado; nace de esta manera la responsabilidad civil derivado del hecho punible”.

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

ABSTRACT

When a criminal offense is committed, not only is a legal right that determines a criminal sanction affected, but also an interest protected by the legal system is violated, so that the right arises, in the legal sphere of the victim (or his heirs)), to compensation.

"The punishable act causes not only penal consequences but also civil, for which - in principle, any person who performs a typical, unlawful and guilty conduct, be it imputable or unimputable, must restore the state they were in at the time prior to the commission of the crime, when it is possible, and to compensate the damages or losses caused to the injured party; thus, civil liability derived from the punishable act is born ".

As established by PEÑA CABRERA, "criminal responsibility provokes a purely state reaction (punishment), its punitive budget, that is, the injury or endangerment of legal rights, means the affectation of that same property, of which the victim is the owner, therefore, only she is entitled to receive compensation for the damage caused. "

INDICE

DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO	iv
PRESENTACIÓN	v
ABSTRACT	vi
INTRODUCCIÓN.....	x

CAPITULO I

MARCO METODOLOGICO

1.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	11
1.2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:	12
1.3.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:.....	12
1.4.- OBJETIVOS.....	14
1.4.1. Objetivo general:	14
1.4.2. Objetivos específicos:.....	14
1.5.- HIPÓTESIS:.....	14
1.6.- VARIABLES:	15
1.6.1. Variable independiente:	15
1.6.2. Variable dependiente:	15
1.7.- MÉTODOLOGÍA.	15
1.7.1.- Método de investigación:	15
1.7.2.- Tipo de investigación:	15

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

2.1.- EVOLUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	16
2.2.- RESPONSABILIDAD CIVIL.	19
2.3.- FUNCIONES QUE SE LE ATRIBUYE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL	21
2.3.1.- Función resarcitoria.....	21

2.3.2. Función preventiva	22
2.3.3.- Función punitiva	23
2.4.- ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	25
2.4.1.- Respecto a la función resarcitoria	25
2.4.2.- Respecto a la función preventiva	26
4.5.3. Respecto a la función punitiva.....	27
2.5.- LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....	31
2.6. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	32
2.6.1.- La Antijuridicidad	33
2.6.2.- Clases de hechos antijurídicos.....	38
2.7.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DEL HECHO DAÑINO.	38

CAPITULO III

EL DAÑO.

3.1.- REQUISITOS DEL DAÑO	39
3.2.- CLASIFICACION DEL DAÑO	40
3.3.- NEXO CAUSAL O RELACION CAUSAL.....	43
3.3.1. Fractura Causal	44
3.3.2. Concausa.....	47
3.3.3. Concurrencia de Causas.....	47
3.4.- FACTORES DE ATRIBUCION	48
A. SISTEMA SUBJETIVO.....	48
Dolo	48
Culpa.....	50
B. SISTEMA OBJETIVO	51
Riesgo Creado.....	51

CAPITULO IV
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL GENERADA POR EL
DELITO

4.1.- Naturaleza jurídica de la reparación civil.....	54
4.1.1. La reparación civil como sanción jurídico-penal	54
4.1.2. Naturaleza privada de la reparación civil	68

CAPITULO V
LA INDEMNIZACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

5.1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	73
5.2.- LA PERPETRACIÓN DEL HECHO.	76
5.3.- LA REGULACIÓN PERUANA.....	77
5.4.- REPARACIÓN CIVIL EN EL CÓDIGO PENAL:	78
5.5.- EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA	90
5.6.- TEORÍA DEL RIESGO Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA	90
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES	98
BIBLIOGRAFIA	99

INTRODUCCIÓN

Las consecuencias jurídicas del delito no se agotan con la imposición de una pena o una medida de seguridad al autor de la comisión de un injusto penal (pretensión punitiva), sino que, también de dichos actos lesivos a bienes jurídicos, pueden surgir otras formas de ajusticiamiento de carácter civil (pretensión reparadora); esto guarda relación en la afirmación, que el hecho delictivo además de ser un ilícito penal constituye un ilícito civil.

Es pues, el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado (ejercicio de la acción penal), el inicio del proceso penal, en la cual, se buscará acreditar que el hecho dañoso que ha sufrido la víctima, configura delito y como tal sea pasible de una sanción; y es también en este proceso que el agraviado o sujeto pasivo del daño, llevado por su pretensión resarcitoria o reparatoria particular, solicitará la reparación o resarcimiento del daño sufrido, apersonándose debidamente en el proceso penal; es decir “constituyéndose en parte civil (término acuñado en el Código de Procedimientos Penales) o actor civil” (término acuñado en el Nuevo Código Procesal Penal). Siendo que, aun cuando el agraviado no se apersona en el proceso penal para constituirse en parte civil, y de este modo ejercitar pretensión resarcitoria, mediante la propia actuación ante las autoridades del control penal (jueces y fiscales), es el Ministerio Público el encargado de perseguir el resarcimiento del daño sufrido por la víctima. Pues, en casos configurativos del delito, además del interés privado de ofendido, en la reparación del daño, existe un interés público de parte del Estado y de la sociedad en su conjunto, de proteger el bien jurídico afectado, y consecuentemente buscar la reparación del daño. En este interés público en la reparación del daño, en que legítima y obliga al fiscal y al juez a perseguir y determinar el monto de la reparación civil dentro del proceso penal, aun, como se ha señalado, cuando el propio agraviado u ofendido no se haya apersonado en el proceso para solicitar la reparación del daño o perjuicio sufrido.

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Uno de los problemas observados en el sistema de justicia penal es sin duda el no pago de la reparación civil a los agraviados, el actual Sistema Procesal Penal tiene múltiples deficiencias, siendo una de las más graves, el ser absolutamente excluyente de la víctima.

Es decir, que los procesos se desarrollan sin que la víctima participe activamente en él y ello tiene sus consecuencias al momento de emitir una sentencia.

Ciertamente existe un porcentaje importante de procesos penales que terminan con una sentencia condenatoria en contra del procesado y como consecuencia de ello se le termina aplicando una pena privativa de libertad efectiva o condicional.

La problemática que hoy preocupa y cabe preguntarse: ¿alguien en el Perú paga la reparación civil?, la respuesta que lamentablemente se debe dar es que nadie o casi nadie la paga.

En todos estos casos los jueces ordenan el pago de una reparación civil que el condenado está obligado a pagar a quién afectó con su delito.

Los pocos, -y *muy pocos*- sentenciados que pagan algo de la reparación civil lo hacen cuando pueden o cuando quieren y frente a ello la judicatura no hace nada.

En algunos casos, este asunto nos muestra un problema mucho más profundo que está relacionado con una forma de asumir y hacer justicia penal, en la que la víctima virtualmente no existe y en la que los jueces consideran que la única respuesta contra quien comete un delito es la sanción penal (*es decir, la pena privativa de la libertad*), sin considerar que el daño cometido por un delito debe ser económicamente reparado.

1.2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

¿De qué manera se da el incumplimiento del pago de la reparación civil en las sentencias penales en el distrito judicial de Lambayeque en el año 2016?

1.3.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:

La Presente Tesis es importante ya que permitirá una adecuada determinación de la reparación civil dentro de los procesos penales, pues podemos apreciar que esta no cumple estrictamente su fin, pues ya sean los Fiscales que solicitan una adecuada reparación civil a favor del perjudicado con el delito, ya sean los jueces que no realizan una adecuada ponderación de los daños sufridos por el delito, se aprecia que esta institución en sede penal está venida a menos, más aún cuando muchos consideran que su cumplimiento no debe ser impuesta como regla de conducta en la sentencia lo cual hace imposible en muchos casos el cumplimiento del pago de la reparación civil por parte del autor del ilícito o del responsable del daño.

Hoy, se aprecian que los Fiscales tanto en su denuncia, al momento de trabar embargo preventivo sobre los bienes del investigado, como en su dictamen final, no realizan una correcta valuación de los daños irrogados por el delito investigado, lo cual genera un verdadero despropósito de la reparación civil.

Así mismo nos permite darnos cuenta de la ineficacia de las sentencias penales en el extremo del pago de la reparación civil por parte del condenado a la víctima de su actuar ilícito, ha conllevado en muchas personas a confirmar sus sospechas sobre la esterilidad de las funciones y objetivos de la administración de justicia.

Es más, se percibe en la sociedad gran dosis de duda sobre la protección que puedan tener los bienes jurídicos con la endeble actuación de los jueces, y muy por el contrario, tal como está planteado el sistema jurídico hacen que la víctima vea engrandecido el daño sufrido, pues acudirá a un largo, tedioso y costoso proceso cuyo desenlace será la orden del pago a su favor de una irrisoria suma de dinero a fin de reparar el daño sufrido y la eterna esperanza de ver materializada dicha obligación.

En el presente trabajo, se ha realizado un estudio minucioso de las normas y la doctrina existentes a fin de identificar cuáles son las razones principales por las que la reparación civil ordenada en una sentencia condenatoria muy pocas veces es satisfecha; se propondrá sus posibles modificatorias a las normas vigentes y tratamiento legislativo a fin de brindar en las futuras víctimas de un ilícito, la oportunidad eficaz de ver resarcido el daño sufrido.

1.4.- OBJETIVOS.

1.4.1. Objetivo general:

Analizar las deficiencias normativas para realizar el pago de la Reparación Civil en el Sistema Jurídico Peruano

1.4.2. Objetivos específicos:

- ☞ Describirlos antecedentes, conceptos, generalidades, indemnización por daños y perjuicios, limitaciones, deficiencias en las normas, sentencia condenatoria y otros, que se utilizarán como marco referencial del problema.
- ☞ Describir la figura de la reparación civil en sus partes más importantes tales como el daño causado y la proporcionalidad.
- ☞ Analizar cualitativamente las causas e implicancias de cada parte del problema originado por las deficiencias normativas.
- ☞ Proponer recomendaciones orientados a solucionar el problema

1.5.- HIPÓTESIS:

Si el Estado corrige las limitaciones para el pago de la reparación civil entonces; ya no existirán deficiencias en el cumplimiento de las sentencias penales en el distrito judicial de Lambayeque.

VARIABLES:

1.6.1. Variable independiente:

El pago de la Reparación Civil.

1.6.2. Variable dependiente:

El daño ocasionado en la víctima.

1.7.- MÉTODOLOGÍA.

1.7.1.- Método de investigación:

- Inductivo – Deductivo

1.7.2.- Tipo de investigación:

- Descriptiva.

1.7.2.- Población y muestra.

Población: Distrito Judicial de Lambayeque.

Muestra: Casos judicializados.

1.7.3.- Técnicas de recolección de datos.

Técnica del fichaje.

Técnica de la observación

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

2.1.- EVOLUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

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

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

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

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

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

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

Tabla VIII: Con el daño causado injustamente (como no sea por accidente fortuito), condénese a la reparación.

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

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

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

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

En Roma existían algunas reglas tales como:

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.- RESPONSABILIDAD CIVIL.

Etimológicamente la palabra responsabilidad se remonta al termino latino “responderé” que es una forma latina del término responder, por eso decimos que la responsabilidad es la habilidad de “responder” El Diccionario de la Lengua

Española lo define como una deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.

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

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

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

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

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

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

2.3.1.- Función resarcitoria

Estando a las ideas vertidas y atendiendo a la evolución de la responsabilidad civil, así como en congruencia con los criterios manejados en la doctrina nacional y extranjera¹, se sostiene en forma unánime que la función natural de la responsabilidad civil o del Derecho de daños, es la *reparación o resarcimiento de los daños causados a la víctima*, sea esta individual o colectiva; constituyendo dicha función su razón de ser o fundamento dentro del ordenamiento jurídico y del control social formal. Inclusive desde una perspectiva de eficiencia vinculada al funcionamiento del mercado y al análisis económico del derecho, se llega a la conclusión de que en la sociedad moderna “[...] el fin fundamental de las reglas de la responsabilidad es, en consecuencia el perfil resarcitorio”³⁸. En este mismo sentido, se pronuncia REGLERO CAMPOS, quien categóricamente hace referencia al predominio de la función reparatoria de la responsabilidad por daños o responsabilidad civil. Precisando que a la función preventiva se le concede escasa relevancia³⁹.

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

2.3.2. Función preventiva

Asimismo, también se atribuye a la responsabilidad civil una función *preventiva* de futuras lesiones a los bienes o intereses jurídicos⁴⁰; en este sentido, **PIZARRO** refiere: “La prevención representa una nueva función del ir nominado ‘Derecho de daños’. Tanto en el Derecho comparado como en nuestro país, se advierten tendencias doctrinarias decididas a favor de los remedios preventivos, que se presentan como complemento idóneo y necesario de las vías resarcitorias”. Esta función preventiva puede ser *general* o *específica*.

Sin embargo, no todos los autores manejan el mismo criterio para fundamentar esta función de la responsabilidad civil; así, algunos consideran que esta cumple su función preventiva en cuanto hace surgir una obligación *inhibitoria* frente al peligro, a fin de evitar que se produzca o continúe el perjuicio, sobre todo, en casos de daños a la salud pública, al ambiente², o en general en casos en que si el daño se produjese no se podría encontrar remedio en el resarcimiento, encontrándonos ante un caso de irreparabilidad³. Dichos autores asumen que esta función preventiva viabiliza las acciones inhibitorias, sobre todo, cuando se trata de riesgos a bienes jurídicos fundamentales⁴. Otros

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

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

4 “Cualquier regulación nueva deberá responder a retos inminentes: genoma

afirman que el reflejo preventivo se concreta a través de la latente reacción del ordenamiento jurídico, que obliga a reparar, lo que a la vez genera una acción psicológica intimidadora ejercitada por el conocimiento de tal reacción⁵.

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

2.3.3.- Función punitiva

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*vindictive damages, non compensatory damages, penal damages, aggravated damages, additional damages, smart money, etc.*¹².

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

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

2.4.1.- Respecto a la función resarcitoria

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

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

2.4.2.- Respecto a la función preventiva

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

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

Sin embargo, como se ha indicado, esta función no es privativa de la responsabilidad civil sino de todo el ordenamiento jurídico. Consecuentemente, no se está hablando de una función preventiva al estilo de la prevención penal, pues para que ello opere, en primer lugar se tiene que atribuir una función penal a la responsabilidad civil, lo cual, como veremos más adelante, no se puede sostener; únicamente estamos indicando que el agente del daño no tiene carta abierta para causarlos, en virtud a que estará obligado a cargar con el peso del daño causado a la víctima una vez que se le atribuya responsabilidad civil. El propio *Roxin* refiere que la sola reparación del daño no podría cumplir ningún efecto preventivo especial ni general; igualmente *De Ángel Yágüez*, con cita de *Pantaleón* refiere; “[...] la función *normativa* de

la responsabilidad extracontractual no es preventivo-punitiva [...]. Porque:

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

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

4.5.3.- Respecto a la función punitiva

Si por sanción o componente punitivo entendemos el criterio general relativo a las reacciones del ordenamiento jurídico civil, como el dejar sin Efecto un acto jurídico (rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad), la prescripción

extintiva contra el titular negligente de un derecho de crédito, en general cualquier reacción frente a un hecho antijurídico, tal como hace referencia DE CUPIS¹³, podemos convenir en que efectivamente la responsabilidad civil cumple una *función sancionadora* contra el agente del daño, a quien coactivamente le impone la obligación resarcitoria.

Sin embargo, desde una perspectiva propia de la sanción vinculada a las normas jurídico-penales o finalidades propias del sistema penal, creemos que debe descartarse categóricamente el intento de atribuirle funciones punitivas a la responsabilidad civil, debiendo descartarse los llamados “daños punitivos o penas civiles”¹⁴ en nuestro sistema de reparación de los daños. Pues, si se aprecia los fundamentos por los que los diversos autores le atribuyen esta función, se evidencia que se basan en aspectos propios del Derecho penal. Así, se indica que el fin de los *daños punitivos*¹⁵ es sancionar conductas especialmente graves y por tanto reprochables¹⁶, regidas por dolo o por culpa inexcusable o grave¹⁷ y cuando estas atentan contra bienes o intereses

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

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

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

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

¹⁷ Temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión,

trascendentes como la vida, la integridad física, el medio ambiente, la fabricación y comercialización de productos riesgosos o peligrosos, etc. De donde puede advertirse claramente, que con este criterio se pretende reemplazar, desde la perspectiva del Derecho civil (responsabilidad civil) a las reacciones o sanciones propias del Derecho penal orientado por criterios de política criminal (que a su vez se enmarcan dentro del contexto general de la política jurídica). Esta perspectiva unilateral deja de lado (o desconoce) que todos estos supuestos son especialmente graves, y por tanto, no es suficiente para su prevención, una respuesta desde el Derecho privado, y por ello mismo, desde una perspectiva del control penal, se ha criminalizado cada una de estas conductas, por lo que constituyen ilícitos penales (delitos o faltas). Este criterio criminalizador se ha seguido unánimemente en todas las legislaciones, que en muchos casos se orientan por los criterios plasmados en convenios internacionales. Inclusive, ya en el propio seno de la doctrina civil se hacía notar esta situación y se sostenía que, particularmente en el caso de conductas dolosas (o supuestos de ganancias ilícitas a través de estas conductas) lo que se debiera hacer es encarcelar a los autores y decomisar **todas** sus ganancias ilícitas¹⁸. Obviamente, la cárcel y el decomiso son: consecuencias que solo resultan aplicables cuando nos encontramos en el

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

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

cubito del delito, es decir, dentro de la responsabilidad penal.

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

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

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

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

2.5.- LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.6.-ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

- a) la antijuridicidad
- b) el daño causado
- c) el nexo causal y

d) los factores de atribución

Jurisprudencia

Cas. N° 1072-2003-Ica

Arts. 1969, 1970 y 1985

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

2.6.1.- La Antijuridicidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a. Hecho Ilícito.- Son todas aquellas acciones u omisiones que son contrarias al ordenamiento jurídico. TORRES VASQUEZ señala que la ilicitud se deduce del Art. V del Título Preliminar del Código Civil que dispone que “es nulo el acto jurídico contrario a las leyes imperativas que interesan al orden público y a las buenas costumbres” señalando que la distinción entre lo lícito o ilícito se debe más que a la naturaleza voluntaria del acto, a la naturaleza de las consecuencias. La acepción subjetiva de ilicitud es acogida en el Código Civil al regular la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Con relación a la

responsabilidad extracontractual la obligación de indemnizar surge, no del incumplimiento de una obligación jurídica preexistente, sino del mero hecho de haberse causado el daño, la relación jurídica nace recién con el daño causado. Y establece los elementos de la ilicitud:

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

Nuestro ordenamiento jurídico establece como responsabilidad subjetiva, aquella que por dolo o culpa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor” (Art. 1969 C.C).

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

La responsabilidad subjetiva es el principio rector de la responsabilidad extracontractual, pero admite también una responsabilidad objetiva en su Art. 1970 “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro está obligado a repararlo”.

Responsabilidad Subjetiva - acto ilícito - dolo o culpa

Responsabilidad Objetiva -acto licito - riesgo o peligro.

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

El proceso penal nacional, regulado por el Código de Procedimientos Penales, acumula obligatoriamente la pretensión penal y la pretensión civil. El objeto del

proceso penal, entonces es doble, el penal y el civil. Así lo dispone categóricamente el Art. 92 del Código Penal “La reparación civil se determina conjuntamente con la pena”, y su satisfacción, más allá del interés de la víctima – que no ostenta la titularidad del derecho de penar, pero tiene el derecho a ser reparada por los daños y perjuicios que produzca la comisión de un delito – debe ser instado por el Ministerio Público, tal como lo prevé el artículo 1 de su Ley Orgánica.

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

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

La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal, existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre la responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: El acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir de la cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con “ofensa penal” – lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente

(la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil y el delito infracción/daño, es distinta); el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos. Desde la perspectiva del daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto daños patrimoniales que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento del patrimonio dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir –menoscabo patrimonial; como daños extra patrimoniales circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales – no patrimoniales – tanto en las personas naturales como jurídicas – se afectan como acota ALASTUEY DOBON, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno.

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

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

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

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

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

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

2.6.2.- Clases de hechos antijurídicos.

2.7.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DEL HECHO DAÑINO.

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

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

CAPITULO III

EL DAÑO.

3.1.- REQUISITOS DEL DAÑO

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

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

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

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

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

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

Los requisitos son:

a) Afectación personal del daño

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

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

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

3.2.- CLASIFICACION DEL DAÑO

El daño se clasifica en:

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

Se clasifica a su vez en:

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

- **Lucro Cesante.-** Se entiende como ganancia dejada de percibir o el no incremento en el patrimonio dañado, mientras que en el daño emergente hay empobrecimiento en el lucro cesante hay un impedimento de enriquecimiento legítimo. Por ejemplo, a consecuencia de una defectuosa intervención quirúrgica el agraviado no podrá seguir trabajando, por lo que está dejando de percibir ganancias que normalmente hubiera obtenido.

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

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

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

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

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

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

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

Ambas categorías de daño patrimonial y extrapatrimonial están referidas tanto a la responsabilidad contractual y extracontractual. En cuanto a las diferencias de matiz de regulación legal, el sistema jurídico nacional en lo que respecta al daño extracontractual, ha consagrado legalmente en el artículo 1985 del Código Civil el criterio de reparación integral de los daños, a diferencia del ámbito contractual, en el cual solo se reparan o indemnizan únicamente daños directos según dispone el artículo 1321 .

3.3.- NEXO CAUSAL O RELACION CAUSAL

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

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

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

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

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

3.3.1. Fractura Causal

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

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

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

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

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

Por lo cual cada vez que se intente atribuir a un sujeto una responsabilidad civil extracontractual por la supuesta producción de un daño, este tendrá la posibilidad

de liberarse de la responsabilidad si logra acreditar que el daño causado fue consecuencia no de su conducta, sino de una causa ajena (es decir de otra causa), la cual puede ser el hecho determinante de un tercero o del propio hecho de la víctima, o bien un caso fortuito o de fuerza mayor.

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

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

El Caso Fortuito y la Fuerza Mayor

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

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

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

Fernando de Trazegnies la noción de caso fortuito o fuerza mayor solo es relevante en el campo de la responsabilidad objetiva, porque, tratándose de responsabilidad subjetiva, todas las situaciones comprendidas en el caso fortuito se hayan excluidas de tal responsabilidad por el simple hecho que carece de culpa. En consecuencia la responsabilidad subjetiva solo responsabiliza a quien tiene culpa, estos casos

quedan exentos; y ya no será necesario hablar de caso fortuito o de fuerza mayor, porque basta demostrar la simple ausencia de culpa para quedar libre de responsabilidad.

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

El hecho determinante de un tercero

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

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

En realidad tanto en el caso fortuito como en el hecho determinante de tercero son casos de fuerza mayor. La diferencia se da en que el caso fortuito es una fuerza anónima, mientras que el hecho de un tercero y el hecho de la víctima, tienen un carácter de fuerza mayor con el autor. Este carácter de “hecho de autor” da lugar a que no se cancele la responsabilidad extracontractual, simplemente se desplaza del presunto causante al verdadero causante. Es un hecho determinante que exonera de

responsabilidad a una persona en particular a quien se le creía causante, pero no establece que no hay responsabilidad sino que otra persona es identificada como el "autor del daño"; y es contra ella que se vuelve la institución de la responsabilidad extracontractual.

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

3.3.2. Concausa

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

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

3.3.3. Concurrencia de Causas

Finalmente en el caso de que se dé la concurrencia de causas, denominado también pluralidad de causas o coautores (en los cuales dos o más sujetos, mediante una conducta común o a través de conductas singulares, causa un mismo daño). En este

caso se trata del supuesto en que el daño no es consecuencia de la conducta de un solo sujeto, sino de la conducta de varios sujetos, se encuentra previsto en el artículo 1983º del Código Civil y el efecto es que son solidariamente responsables. Cuando no sea posible discriminar o distinguir el diferente grado de participación, la indemnización se distribuirá entre ellos en partes iguales.

3.4.- FACTORES DE ATRIBUCION

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

DOLO-----DIRECTO

SISTEMA SUBJETIVO EVENTUAL

CULPA-----OBJETIVA

SUBJETIVA

SISTEMA OBJETIVO RIESGO CREADO

A. SISTEMA SUBJETIVO.

Dolo

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

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

Se presenta desempeñando una triple función:

- Dolo como vicio de la voluntad, es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir con la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no se habría realizado o lo hubiera sido en condiciones diferentes. En este caso puede ser el dolo que falsea la intención del agente y que este puede aducir para obtener la anulación de un acto celebrado con ese vicio.
- En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que deriva de un hecho.
- El incumplimiento de la obligación, el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para inejecutar la prestación debida. Es un concepto que ha tomado la responsabilidad civil, y que normalmente se había confinado al campo penal y puede ser:

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

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

Ejemplo:

Juan conduce un vehículo a excesiva velocidad, asumiendo que con esa

conducta puede ocasionar un accidente, sin embargo no hace nada para asumir la responsabilidad.

Culpa

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

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

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

• **Culpa Subjetiva o culpa in concreto.**- Se basa en las características personales del agente, y un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 1314°. Este tipo de

culpa engloba a la imprudencia (el sujeto hace más de lo debido) y a la negligencia (el sujeto hace menos de lo debido).

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

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

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

B. SISTEMA OBJETIVO

Riesgo Creado

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

Todo este tipo de bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues deberá bastar con acreditar el daño producido, la relación de causalidad y que se trate de un bien o actividad que suponga un riesgo adicional al

normal y común, por lo que merece la calificación de “riesgosos”. Haya sido el autor culpable o no, igualmente será responsable por haber causado el daño mediante una actividad riesgosa o peligrosa.

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

El sistema objetivo de responsabilidad civil no pretende que los daños que se hayan causado a través de bienes o actividades riesgosas, no exista la culpa del autor, lo que se pretende es la total abstracción de la culpa o ausencia de la culpa del autor, de tal modo que la existencia de culpa o no sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, debiendo acreditarse la relación causal, la calidad del bien o la actividad como una riesgosa. Cabe agregar que la calificación de un bien o actividad riesgosa o peligrosa no depende de las circunstancias de un caso concreto en particular, pues de ser así cualquier actividad podría ser considerada riesgosa. Esta calificación depende del riesgo que supone el uso socialmente aceptado del bien o actividad de que se trate, siempre y cuando su uso suponga un riesgo adicional al común y ordinario, como sucede con las armas de fuego o con los vehículos.

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL GENERADA POR EL DELITO

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

Sin embargo, como quiera que la pretensión resarcitoria se ejercita en el proceso penal conjuntamente con la pretensión punitiva del Estado, se discute su naturaleza tanto desde

la perspectiva procesal así como sustantiva, debatiéndose si se trata de una sola relación procesal, de la concurrencia de acciones autónomas e independientes, de una acción principal y una eventual o accesoria, o desde un punto de vista sustantivo, si la pretensión discutida en la acción resarcitoria pierde su naturaleza privada en el proceso penal para convertirse en una consecuencia jurídico penal o conserva su naturaleza privada-

4.1.- Naturaleza jurídica de la reparación civil

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

4.1.1.- La reparación civil como sanción jurídico-penal

Hay autores que han considerado que en sede penal la reparación civil constituye una sanción jurídico penal, la misma que cumple una finalidad propia de la pena y puede imponerse conjuntamente con esta o sustituirla en algunos casos; esto es, han considerado a la reparación civil como una consecuencia jurídica del delito de contenido penal al igual que las penas y las medidas de seguridad. En este sentido se pronuncian Reyes Monterrel, González Rus, Puig Peña y Molina Blázquez; a este criterio también se refieren GRACIA MARTÍN, SILVA SÁNCHEZ y ROXIN. En nuestro país hace referencia a esta corriente Julio RODRÍGUEZ DELGADO. Al parecer,

esta posición seguiría la línea desarrollada por MERKEL, quien hace ya muchos años, sostenía que la obligación de indemnizar el daño ex delicto, la de restituir y la coacción directa para reponer un estado de cosas ‘sirven para el mismo fin que la pena; criterio que sería el mismo que manejaron FERRI y GARÓFALO desde una perspectiva positivista, tal como refiere SOLER y lo ratifica VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

Esta posición (reparación como ‘pena), aun cuando es tomada en cuenta para efectos expositivos, no resulta sostenible, siendo pocos los autores modernos que la hacen suya actualmente (tal sería el caso de MOLINA BLÁZQUEZ, citado por ALASTUEY DOBÓN), ya que las diferencias que existen entre la pena y la reparación (las mismas que son admitidas ahora sin mayor discusión) resultan evidentes, por ello esta posición puede desecharse sin mayores problemas. Pues no se advierte con claridad, cómo es que la reparación cumpliría una finalidad propia de la pena. Más aún, si como refiere ROXIN: “[...] aun partiendo desde el punto de vista de las teorías preventivas, se puede hacer valer que el efecto preventivo es igual a cero; si por ejemplo, el ladrón debiera devolver solo la cosa hurtada o el estafador el dinero obtenido fraudulentamente. Si el autor supiera que él, en caso de fracasar, solo necesitará restituir el status quo ante, cesaría todo riesgo; él, por la comisión del hecho, solo puede ganar, nunca perder, de manera tal que una limitación a la reparación aniquilaría el fin preventivo —especial de la amenaza penal. También desde el punto de vista preventivo— general la mera reparación, como reacción a las violaciones jurídicas, significaría antes bien una invitación a intentar alguna vez robar o estafar, pues en el peor de los casos la amenaza consistiría en la devolución de lo conseguido, cuya

eventualidad no haría desistir a nadie de un plan delictivo a medio camino, que promete éxito”.

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

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

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

Sin embargo, la variante de esta postura, que vincula a la reparación con las consecuencias jurídico penales, que resulta importante y de actualidad en el

debate doctrinario y jurisprudencial (dado el elevado nivel de argumentación y el hecho de ser sostenida, entre otros, por importantes penalistas como ROXIN y SILVIA SÁNCHEZ), es la que, sin considerar a la reparación como una pena o medida de seguridad y sin atribuirle un nuevo fin en el Derecho penal, la concibe como una “tercera vía” , “[...] que junto a la primera y la segunda (penas y medidas), ha de contribuir a los fines convencionales del Derecho penal” . Esto es, se atribuye a la reparación efectos preventivos, tanto desde el punto de vista preventivo general así como especial, y tal como refiere ROXIN, “[...] su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de vista aquí defendido, reprivatización alguna del derecho penal, promoción alguna de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla”. Agrega el penalista alemán, que esta concepción de la reparación se encuadra en el marco de la “prevención integrativa” en la que constituye “[...] una sanción autónoma en la cual se mezclan elementos jurídico civiles y penales. Ella pertenece al Derecho civil, en tanto asume la función de compensar el daño. Empero, debe ser modificada según proposiciones de metas jurídico penales si, dado el caso, también los esfuerzos reparatorios serios habrían de ser considerados o si, en caso de delitos contra la generalidad, quizás también el trabajo de bien común pudiera ser aceptado como prestación reparatoria”. De este modo, se asume que la reparación civil está orientada a la satisfacción de intereses públicos o sociales más que a tomar en cuenta el interés particular

de la víctima; vale decir, protege a las víctimas en potencia y no a la víctima específica y actual. Estos criterios tal como refiere SILVIA SÁNCHEZ, tendrían como fundamento el hecho que “[...] en muchas ocasiones la reparación ‘penal’ alcanza los fines de pacificación requeridos precisamente porque es penal’ y se dilucida en el marco de un proceso con la carga simbólica que tiene el proceso penal. Todo ello puede expresarse, en resumen, señalando que desde la perspectiva del Derecho penal, la reparación tiene más que ver con el autor y con la norma (con la colectividad) que con la víctima en sí misma; más con la resocialización y con la prevención de integración que con la indemnización. Más con la renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada que con el pago de una obligación. Aquello sería lo esencial; esto, lo accidental”.

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

1. La reparación cumple finalidades preventivas, específicamente la llamada “prevención integrativa”, por lo que puede sustituir a la pena o atenuarla en determinados casos concretos, y por tanto, tendría una naturaleza propia del Derecho penal; y sin constituir una pena o una medida de seguridad constituiría una tercera consecuencia jurídico penal, una ‘tercera vía’.
2. Entiende por prevención integrativa, aquella que consiste en una mezcla de elementos civiles y penales. Configura un elemento civil en la medida que asume la función de compensar el daño; y un elemento penal, cuando, sin haber compensado el daño puede quedar resuelto el conflicto entre el

agente del delito y la sociedad, en la medida que el obligado hubiese realizado esfuerzos reparatorios serios orientados al resarcimiento; asimismo, en los casos de delitos contra la “generalidad” (sociedad o el Estado), puede atribuirse calidad reparatoria al trabajo de bien común.

3. La reparación está orientada a la satisfacción de intereses públicos más que particulares.
4. La reparación tiene que ver más con el autor y la vigencia de la norma que con el agraviado y el daño ocasionado.
5. La reparación tiene que ver más con la resocialización y prevención que con el pago de la obligación resarcitoria.
6. Finalmente, ya no se habla de reparación civil sino de ‘reparación penal’ a la que se le atribuye funciones de pacificación, al utilizar la carga simbólica del Derecho penal.

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

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

Esta posición, inclusive, asume que los únicos elementos del control social lo constituirían los instrumentos jurídico penales³⁰, desconociendo que el control social proveniente del Derecho (control jurídico) está integrado por todo el conjunto de normas jurídicas que integran sus diversas ramas; esto es, del Derecho civil (a través de la atribución de responsabilidad civil), del Derecho administrativo (a través de la atribución de responsabilidad administrativa), etc.; y solo excepcionalmente se recurre al control proveniente del Derecho penal. Es más, integran el control social las prácticas y actuaciones no jurídicas provenientes de la moral, la educación, los usos y las buenas costumbres sociales. Por tanto, todas estas disciplinas, elementos o prácticas sociales cumplen un rol en el marco del control social. Por ello, un acto antisocial, antijurídico o lesivo, es enfrentado por la sociedad, poniendo en juego todos los elementos del control, sean estos jurídico-formales o informales; es decir, actúa todo el Derecho (con sus múltiples disciplinas) pudiendo inclusive, recurrir a elementos meta jurídicos. De hecho, en muchos casos, los elementos no jurídicos pueden jugar un rol más efectivo que los propios mecanismos jurídicos; tal sería el caso de la reprobación social proveniente

de la comunidad o de la moral. Queda claro entonces, que ante la comisión de un delito, entra en juego todo el ordenamiento jurídico con sus múltiples ramas o especialidades, que todas estas buscan proteger los bienes jurídicos, y por tanto, en forma mediata o inmediata también cumplen finalidades preventivas (en cuanto constituyen formas o elementos de control).

Siendo así, no todas las disciplinas o instituciones jurídicas que cumplen finalidades preventivas tienen naturaleza penal, pues, el ordenamiento jurídico en su conjunto cumple finalidades preventivas, y la prevención proveniente del Derecho penal, y de la pena en específico, solo constituyen formas como estas se expresan. Consecuentemente, el hecho que la reparación cumpla finalidades preventivas no constituye ningún fundamento para considerarla como una consecuencia jurídico-penal del delito o para fundamentar la llamada prevención integrativa o una ‘tercera vía; por el contrario, dicha función preventiva de la reparación, constituye parte de las funciones del Derecho de Daños, tal como expresa DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN y se ha demostrado, con abundante información bibliográfica, al tratarse en este trabajo las funciones de la responsabilidad civil. Así las cosas, no podemos pretender atribuir naturaleza penal a todas las instituciones jurídicas, propiciando, innecesariamente, una expansión del Derecho penal, a tal punto de desconocer los fines y funciones de las demás ramas del Derecho, así como tampoco se lo puede erigir en el único mecanismo de resolución de los conflictos sociales, contradiciendo su carácter subsidiario y naturaleza de ultima ratio.

En cuanto al segundo punto, referido a que la reparación, por contener elementos civiles y penales, cumple la función de prevención integrativa constituyendo una tercera vía, debe precisarse que, es absolutamente cierto que cumple finalidades resarcitorias, y precisamente por ello, queda fuera de toda discusión la

configuración de su naturaleza civil. Sin embargo, no creemos que el simple esfuerzo reparatorio, pueda cumplir una finalidad propia de la reparación o de la pena (como sostiene ROXIN) ; pues respecto a la primera, el simple esfuerzo no tiene ningún significado o trascendencia, al no haberse realizado resarcimiento alguno, por más intentos que se hubiesen hecho; y respecto a la segunda, estos esfuerzos, efectivamente pueden reflejar el arrepentimiento del agente, pero ello debe ser considerado en la determinación de la pena concreta (como puede ser considerado cualquier otro supuesto de arrepentimiento que nada tenga que ver con el esfuerzo reparatorio), sin que ello signifique que dichos esfuerzos cumplen las finalidades de la pena y por ello, la reemplazan.

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

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

Respecto al cuarto punto, en cuanto a que la reparación tiene que ver más con el autor y la vigencia de la norma que con el agraviado y el daño ocasionado, creemos que con esta posición se desconoce la evolución del Derecho en general, especialmente del Derecho de la responsabilidad civil o de daños, significando la vuelta a períodos superados en que no se diferenciaba entre el Derecho civil y el Derecho penal, y donde la pena era la única reacción del Derecho frente al daño

causado. En esta etapa del desarrollo del Derecho, se podía hablar de una “reparación penal”, pero actualmente están debidamente diferenciados el ámbito y funciones de la responsabilidad penal y el de la responsabilidad civil, no pudiendo confundirse uno con otro, sobre todo si normativamente se hace la correspondiente diferenciación en los diversos ordenamientos jurídicos, particularmente en el nuestro.

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

Finalmente, y refiriéndonos al último punto, no creemos que en la realidad se produzca la ‘pacificación y renovada aceptación de la vigencia de la norma’, con el efecto simbólico del proceso penal sin el resarcimiento efectivo del daño ocasionado a la víctima en concreto (en todo caso, esta aseveración de Silva Sánchez no se sustenta en datos empíricos que le den consistencia, y no conocemos estudios en este sentido). Por el contrario, la colectividad se siente protegida por el ordenamiento jurídico y se restaura la vigencia de la norma contrariada por la

conducta delictiva causante del daño, cuando este es reparado en forma específica a la víctima actual y concreta, y no a una víctima desconocida o en potencia o al interés de la sociedad concebida en abstracto, que por lo difuso que resulta, ni siquiera es posible determinar cuándo ha sido satisfecho en términos efectivos. Al respecto ESER refiere que “[...] la paz jurídica perturbada por el delito solo es verdaderamente restablecida cuando se le hace justicia no solo al autor sino también a la víctima”, criterio que como se ha dicho, en nuestro medio, se ha establecido normativamente. Claro que no se puede desconocer el interés de la colectividad en la reparación del daño ocasionado por el delito, pero este, tal como ya lo hemos expresado con anterioridad, consiste en un interés orientado a la reparación del daño a la víctima específica, y es con la debida reparación a esta como se satisface dicho interés. De otro lado, el recurso al efecto simbólico del Derecho Penal, no es visto con buenos ojos por la doctrina penal (por lo menos no en todos los casos), sobre todo en un ordenamiento jurídico garantista de los derechos fundamentales, tal como hace referencia el propio ROXIN.

En este sentido, conforme a las ideas vertidas por HIRSH y GRACIA MARTÍN entre otros, concluimos que la reparación civil no puede configurar bajo ningún supuesto, una sanción jurídico penal, ya que se sustenta en un interés particular, tiene naturaleza distinta de la pena y no cumple las funciones de esta. Siendo el caso que, los sostenedores de esta postura, incurrirían en el despropósito de considerar al Derecho penal como el único instrumento del control social formalizado —ordenamiento jurídico— dejando de lado las demás ramas del derecho que también integran el control social formal, auspiciando de este modo una expansión irracional del Derecho penal, lo cual no se condice con la necesidad de un control penal garantista, razonable y eficaz. En suma, esta postura constituiría una perspectiva

unilateral del problema, la misma que deja de lado todos los aspectos que no están comprendidos propiamente en el ámbito penal. Y peor aún, cuando se ha constatado la exigua eficacia del control penal, que aconseja optar por medidas alternativas a las soluciones penales.

Debe quedar claro sin embargo, que es necesario propugnar, por todos los medios, la reparación del daño ocasionado por el delito, pero para ello no hay necesidad de recurrir a categorías propias del derecho penal o darle a la reparación un tratamiento de sanción jurídico penal, porque ello en lugar de constituir un medio eficaz para el logro de este fin, más bien lo entorpece, frustrando de este modo la justa aspiración del damnificado. Pues, al hablar de pena, de inmediato entran en acción diversos mecanismos y principios propios de la protección de los derechos fundamentales del procesado (quien va a ser sujeto de la pena), que conlleva a que por ejemplo, cualquier caso de duda se resuelva a favor del inculcado, que se observe estrictamente el principio de legalidad, el principio de la ley más favorable, la rigurosidad de la tipicidad, al contrario de lo que sucedería en el ámbito civil si se le adjudicara naturaleza civil a la reparación, en el cual se busca la equidad o proporcionalidad, propendiendo a la resolución de los conflictos estableciendo el término medio para cada caso, y sobre todo buscando reparar todos los daños que se puedan imputar al responsable.

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

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

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

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

Consecuentemente, estamos convencidos que esta postura, pese al prestigio de muchos de sus sostenedores, debe descartarse. Por lo demás, en nuestro medio, la

situación se ha resuelto claramente a favor del criterio que atribuye a la reparación naturaleza privada, como puede apreciarse del artículo 101 del Código Penal. Al respecto la doctrina nacional es totalmente mayoritaria, tal como refiere PRADO SALDARRIAGA, cuyo criterio lo consideramos como el más representativo a nivel nacional.

Es por ello que no encontramos explicación alguna a la decisión irreflexiva del Tribunal Constitucional peruano expresado en ciertas sentencias que han ensombrecido este panorama generando confusión y perplejidad entre los operadores jurídicos, al expresar, sin mayores fundamentos, que la reparación civil en el proceso penal adquiere la calidad de sanción penal. Este criterio no ha sido asumido por la Corte Suprema, la que se ha pronunciado que la misma posee naturaleza privada.

4.1.2.- Naturaleza privada de la reparación civil

Descartada la naturaleza penal de la reparación civil, se yergue incólume la postura que sostiene que esta es de naturaleza privada. Pues, la naturaleza de esta institución no está determinada por el interés público de la sociedad sino por el interés particular y específico de la víctima o agraviado por el delito, y el hecho que se ejercite la acción civil en el proceso penal, nada dice respecto a la naturaleza de la pretensión discutida. En este sentido, TERRAGNI en la doctrina argentina, refiere que los criterios que trataron de llevar la naturaleza de la obligación resarcitoria al campo penal no han prosperado y han quedado relegados en el tiempo, en igual sentido se pronuncian NÚÑEZ, SOLER, etc. Igualmente, Carlos CREUS, aun cuando hace referencia a la pretensión y no propiamente a la reparación en sí (pero sin hacer distinguos), refiere: “[...] el

hecho de la inserción de la acción civil en el proceso penal, nada dice contra el carácter privado de la pretensión que por medio de ella se hace valer. Esa inserción no cambia el carácter de la acción civil que, desde el punto de vista de la pretensión que la alienta, sigue siendo civil y privada. En otras palabras [...] la acción resarcitoria no integra el sistema represivo del delito, permanece en la esfera privada. En la doctrina Alemana este criterio es sostenido fundamentalmente por HIRSH⁴⁰⁴. En la doctrina española se adhieren a este punto de vista un buen número de autores connotados⁴⁰⁵, inclusive se sostiene que este es el criterio casi unánime. Finalmente, en la doctrina Colombiana se maneja este criterio, tal como puede verse de las aseveraciones de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

En nuestro medio el contenido privado de la reparación civil, es prácticamente unánime; así, PRADO SALDARRIAGA, rechaza todo intento de considerar a la reparación civil como pena u otro tipo de sanciones jurídico- penales, pronunciándose a favor de su naturaleza privada y resarcitoria. Por su parte, SAN MARTÍN CASTRO refiere que: “La naturaleza de derecho de realización del Derecho Procesal Penal no puede ‘sustituir’ o ‘transformar’ lo que por imperio del Derecho material es privado, en tanto se sustenta en el daño causado, producto de un acto ilícito”; y citando a BASALLO SAMBUCETI agrega “[...] la obligación de reparación por el daño material o moral causado, supone un deber jurídico que escapa a la esfera integral del Derecho Penal. De hecho, se trata de una obligación de naturaleza básicamente patrimonial y con objetivos expresamente indemnizatorios”. El mismo criterio esboza CASILLO ALVA así como otros autores nacionales. Por nuestra parte este criterio lo hemos sostenido y fundamentado en todos

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

Podrá decirse no obstante, que la pretensión cambia su naturaleza privada cuando es el Ministerio Público quien la ejercita en el proceso penal, sin embargo, si bien es cierto esta entidad actúa ejerciendo un interés público, su intervención está orientada a lograr la satisfacción de la pretensión privada a favor del agraviado o sujeto pasivo del daño (víctima actual y concreta) ; pues, para lograr la pacificación social alterada por la comisión del delito, además de satisfacerse la pretensión pública encarnada en la pena, se debe satisfacer

el interés privado de la víctima, el que permanece inalterado, aun cuando sea el ente público el que persiga su satisfacción ; tanto ¿sí que si el perjudicado renuncia al resarcimiento o transige sobre él, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso’, tal como lo establece en forma expresa el artículo 11 del Código Procesal Penal concordante con los artículos 13 y 14 del mismo cuerpo legal.

Antes de la vigencia del Código Procesal Penal, si bien las ideas centrales esbozadas en este acápite eran las mismas, esta situación no aparecía regulada expresamente, por el contrario, aun en casos de desistimiento o transacción respecto a la reparación civil ventilada en el proceso penal por parte del agraviado, el Fiscal en su dictamen o el Juez en la correspondiente sentencia, tenían que referirse necesariamente a la reparación civil, para cumplir con la formalidad normativamente establecida, aun cuando ya no podía solicitar o imponer la obligación reparatoria.

Finalmente, además de los argumentos esgrimidos en torno a la naturaleza privada de la responsabilidad civil en el proceso penal, determinados fundamentalmente por su finalidad reparadora del daño, abonan a favor de tal conclusión: a) el hecho que la responsabilidad civil no es personalísima, a diferencia de la pena (el obligado a la reparación civil puede ser un tercero); b) el criterio de carácter formal establecido por el artículo 101 del Código Penal, que remite el tratamiento y regulación de la reparación civil a las disposiciones correspondientes del Código Civil; c) el hecho que la pretensión resarcitoria sea transigible y objeto de desistimiento dentro del proceso penal, con lo que se reconoce la titularidad exclusiva al sujeto pasivo del daño; d) la transmisibilidad hereditaria de la obligación, tanto respecto a los herederos

del agente del daño así como del agraviado; e) el hecho que la atribución de la obligación resarcitoria, puede obedecer a criterios objetivos, al contrario de la atribución de consecuencias de naturaleza penal, que únicamente tienen que sustentarse en criterios subjetivos (atribución de dolo o culpa); f) asimismo, no en todos los delitos opera la reparación civil ni en todos los casos en que se dispone la obligación reparatoria nos encontramos frente a un delito (casos de ausencia de culpabilidad o de ausencia de una condición objetiva de punibilidad, cuando esta sea exigida por la norma penal, supuestos de excusa absolutoria, entre otros); g) la medida de las consecuencias jurídico-penales ordinariamente se sustentan en la medida de la culpabilidad, la cual no opera para la responsabilidad civil, la que se sustenta en la entidad y magnitud del daño . Más aún, la corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 5-2011/CJ-l 16, del 6 de diciembre del 2011, fundamento N.º8, establece con toda claridad que “[...] la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aun cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso, de determinar el quantum indemnizatorio —acumulación heterogénea de acciones— ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal”.

CAPITULO V

LA INDEMNIZACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

5.1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

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

Con el tiempo cuando las organizaciones políticas se consolidan y la autoridad se afirma ya no queda al libre albedrío del daño, ni del grupo al cual pertenecía, buscar la venganza, ni establecer la composición privada de la pena, sino que para asegurar la tranquilidad pública, la facultad de resolver el conflicto fue monopolizada por el estado, y a partir de entonces el individuo deberá aceptar la forma de reparación establecida por la autoridad. A estas alturas de la evolución del derecho es que aparece la idea de la reparación o resarcimiento del daño de parte del responsable o del causante, por lo que el estado establece los mecanismos de ejecución de la obligación resarcitoria. Estableciéndose el principio general que todo daño como tal genera la obligación de reparar, criterio al cual se llegó a partir de la teoría elaborada por GROCIO PUFFENDOFF y DOMAT. No obstante establecido ya el principio general de responsabilidad era necesario desarrollar un fundamento a factor de atribución de la responsabilidad al causante, y de esta manera fundamentar o legitimar el surgimiento de la obligación resarcitoria, ya que como se ha dicho, resarcir es asumir el peso económico del daño el mismo que se ha desplazado de la víctima, al causante del mismo, obviamente previo a la determinación del factor de

imputación indicada, debe haberse determinado la relación de causalidad entre la conducta del agente del daño y del resultado dañoso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En nuestro medio el código civil 1984, establece el principio general de responsabilidad extracontractual en su art. 1321, que establece la obligación de

indemnizar de quien por dolo, culpa inexcusable o culpa leve no ejecuta sus obligaciones, considerándose como incumplimiento la inejecución de la obligación y el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En su art. 1969 establece que aquel que por dolo o culpa causa daño a otro, está en la obligación de indemnizarlo. Asimismo dentro de la responsabilidad extracontractual, el C.C., consagra el principio de responsabilidad por riesgo o peligros producidos por un bien o una actividad riesgosa. Finalmente hace referencia a la solidaridad como factor de atribución de responsabilidad en los casos en que considera ciertos tipos de daños sujetos a régimen de seguro obligatorio en su art. 1988.

5.2.- LA PERPETRACIÓN DEL HECHO.

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

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

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

5.3.- LA REGULACIÓN PERUANA.

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

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

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

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

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

e) el entendimiento de la reparación civil como una institución que posee una naturaleza eminentemente civil obliga a rebatir al menos a comprender de modo

satisfactorio los argumentos que parecen oponerse a ese criterio como son por ejemplo, el art. 92 al 100 del C.P.

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

5.4.- REPARACIÓN CIVIL EN EL CÓDIGO PENAL:

Artículo 92, reparación civil.-

La reparación civil se determina conjuntamente con la pena.

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

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

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

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

voluntad expresa de las partes.

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

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

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

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

El planteamiento sui generis o civil, es sustentado por Quintano Repolles, al admitir que el derecho penal ostenta una estructura mixta, penal en su exigencia material y procesal (ejercicio y desarrollo), pero privada porque está compuesta de obligaciones de carácter patrimonial, renunciables, transmisibles.

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

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

Las amplias garantías concedidas a favor del derecho del perjudicado, demuestran

que la ley ha atribuido también a la reparación civil el valor de un medio de lucha contra el delito, tanto más que si la pena es un mal, la reparación civil también lo es, a punto tal que, muchas veces ocasionan al autor o partícipe del injusto un dolor más intenso que la misma pena.

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

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

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

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

El ejercicio conjunto de pretensiones, es decir si la responsabilidad civil y penal proviene del mismo hecho ilícito, entonces también debe coincidir la vía procesal,

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

argumentando de un tratamiento separado obligatorio de ambas pretensiones²³.

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

Artículo 93° La Reparación Comprende:

- 1.- la restitución del bien o si no es posible, el pago de su valor, y
- 2.- la indemnización de los daños y perjuicios.

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

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

Si la restitución es imposible de hecho (por Ej. Destrucción o pérdida), o legalmente (por Ej. Derecho legítimamente adquirido por un tercero), el damnificado puede exigir en sustitución de ella y como reparación, el pago del valor del bien, más el de estimación si lo tuviera. Si la falta de restitución fuese parcial, la reparación

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

consistirá en el pago de la diferencia del valor actual y el primitivo del bien. En caso de restitución, como en el de su imposibilidad, la reparación integral comprende los daños originados por la privación del bien.

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

En el derecho penal tienen un sentido más amplio: el daño está constituido por las consecuencias objetivas directas de la acción objetiva de la acción delictiva, el perjuicio está constituido por las consecuencias indirectas del delito, en cuanto afectan intereses de la víctima. Por Ej. Si se hiere a un caballo de carrera para inutilizarlo y que no gane un premio, el daño está en la herida del animal, el perjuicio afecta directamente al dueño, en cuanto lo priva de la ganancia que debiera haber alcanzado haciendo correr o dando otro empleo al semoviente. El daño comprendería las consecuencias directas del delito (daño emergente), y el perjuicio las consecuencias indirectas (lucro cesante), el primero, consistiría en una disminución directa o indirecta del patrimonio, y el segundo en la falta de aumento. La indemnización civil abarca ambos conceptos, nada implica el que en unos casos solo haya daño y que en otros, exista perjuicio. Lo esencial es que indemnización abarque en todo caso, las consecuencias del delito, cubra totalmente sus efectos directos o indirectos, así como en la víctima del delito como en su familia o en terceros. La indemnización de los daños materiales como morales.

Artículo. 94° Restitución del Bien:

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

Comentario:

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

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

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

Artículo. 95° Responsabilidad Solidaria:

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

Comentario:

En virtud de la disposición contenidas en el artículo 95, los condenados por un mismo delito (autores y partícipes), y los terceros civilmente obligados se hallan solidariamente obligados a la reparación civil (patrimonial y no patrimonial), esto es, se puede exigir a uno de ellos íntegramente el pago o cumplimiento de la

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

reparación civil, y si uno de ellos paga se extingue para los otros la obligación, y luego entre ellos se divide tal obligación según la regla de la solidaridad pasiva.

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

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

Art. 96 Transmisiones de la Reparación Civil a Herederos:

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

Comentario:

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

²⁵ *Tratado de Derecho Penal, volumen I Parte General, Raúl Peña Cabrera 1983, Pág. 468.*

²⁶A diferencia de la responsabilidad penal, en la que la pena es singular y corresponde únicamente a la persona del ofensor directo, en la responsabilidad civil, la obligación de reparar pasa los herederos de los responsables civilmente.

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

Artículo 97° Protección de la Reparación Civil:

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

Comentarios:

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

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

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

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

Art. 98 Condenado Insolvente:

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

Comentario:

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

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

Artículo. 99 Reparación Civil de Terceros Responsables:

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

Comentarios:

Eventualmente pueden resultar obligados al pago de la reparación civil proveniente del delito, terceras personas, es decir sujetos no vinculados al delito como autores o partícipes. Es así como los padres se hacen responsables de los hechos ofensivos de los hijos menores, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que

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

vive bajo su dependencia y cuidado, las personas jurídicas responden de los actos de sus agentes o dependencias, propietario de un vehículo responde de los accidentes automovilísticos causados por el chofer a su servicio, etc. Para ello los terceros civilmente responsables debe ser citados obligatoriamente en el proceso seguido al imputado (solo así se le tendrá como sujeto procesal), durante la etapa investigatoria o de juzgamiento, porque si la sentencia penal no le alcanza, entonces habría que hacer uso de la vía civil para obtener la reparación correspondiente, conforme al artículo que comentamos.

Art. 100 inextinguibilidad de la acción civil:

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

Comentario:

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

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

Art. 101 Aplicación Supletoria del Código Civil:

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

Comentario:

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

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

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

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

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

Consecuencias Accesorias:

Artículo 102 decomiso o pérdida de efectos provenientes del delito:

El juez resolverá el decomiso o pérdida de los efectos provenientes de la infracción

penal o de los instrumentos con que se hubiera ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción.

Artículo 103 Proporcionalidad:

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

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

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

Artículo 105 Medidas Aplicables a las Personas Jurídicas:

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

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo.
La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación,

cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.

4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

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

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

5.5.- EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA

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

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

5.6.- TEORÍA DEL RIESGO Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA

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

“Los progresos materiales han traído como contrapartida el crecimiento de los riesgos que deben sufrir las personas y sus bienes, dando lugar a la doctrina de la responsabilidad por cosas riesgosas o actividades, en cuyo caso no es necesario determinar la culpa o el dolo del agente, el que responde solo por daños causados

por cosas o actividades que se consideran como tales (...) la teoría del riesgo se funda en el principio *qui sentit commodum sentiré debet et incommodum*: “El que aprovecha de los medios que han causado un daño y obtiene sus ventajas, es de equidad que también sufra las consecuencias de tales daños”. No será justo que uno se lleve los beneficios y otro los daños.

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

“Artículo 1970.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

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

“Debe tenerse presente que el vehículo como tal constituye un bien riesgoso o peligroso y su conducción una actividad que tiene las mismas características, lo que conlleva a la obligación de parte del conductor a reparar el daño causado”.²⁸

Asimismo el transporte es considerado como una actividad peligrosa:

“Por el solo hecho de haberse encontrado el vehículo automotor en movimiento o en su uso ordinario, constituye este un peligro potencial; es criterio aceptado y reconocido uniformemente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que se entiende por actividades peligrosas aquellas realizadas por medio de transporte”²⁹.

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

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

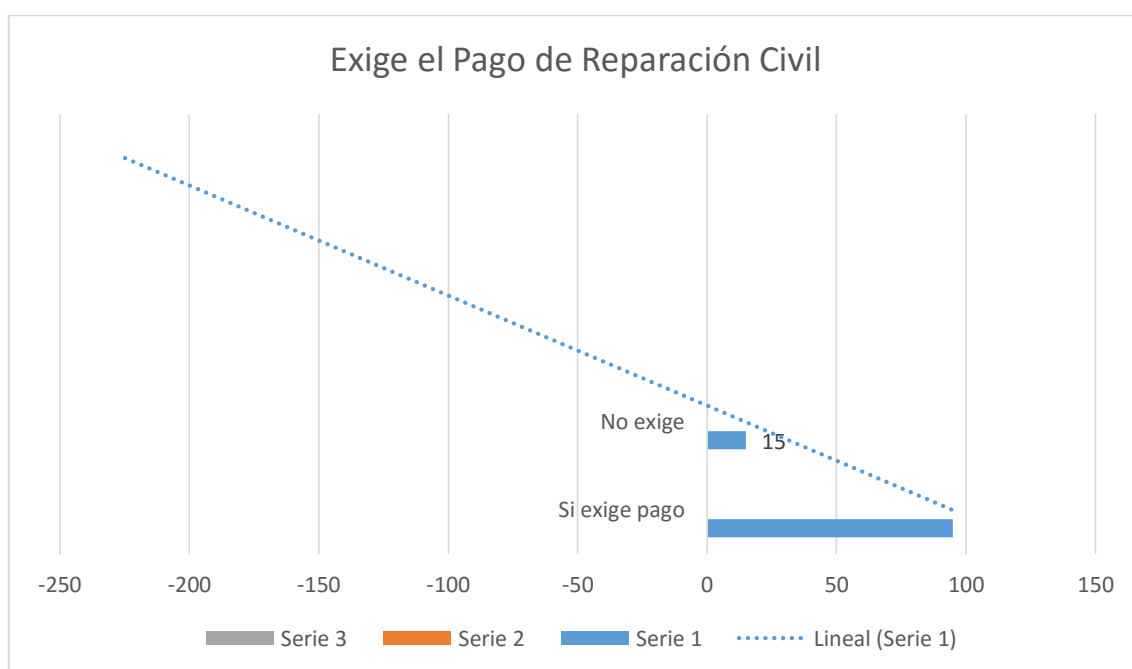
CAPÍTULO VI

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

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

6.1. ENCUESTA A LOS ABOGADOS

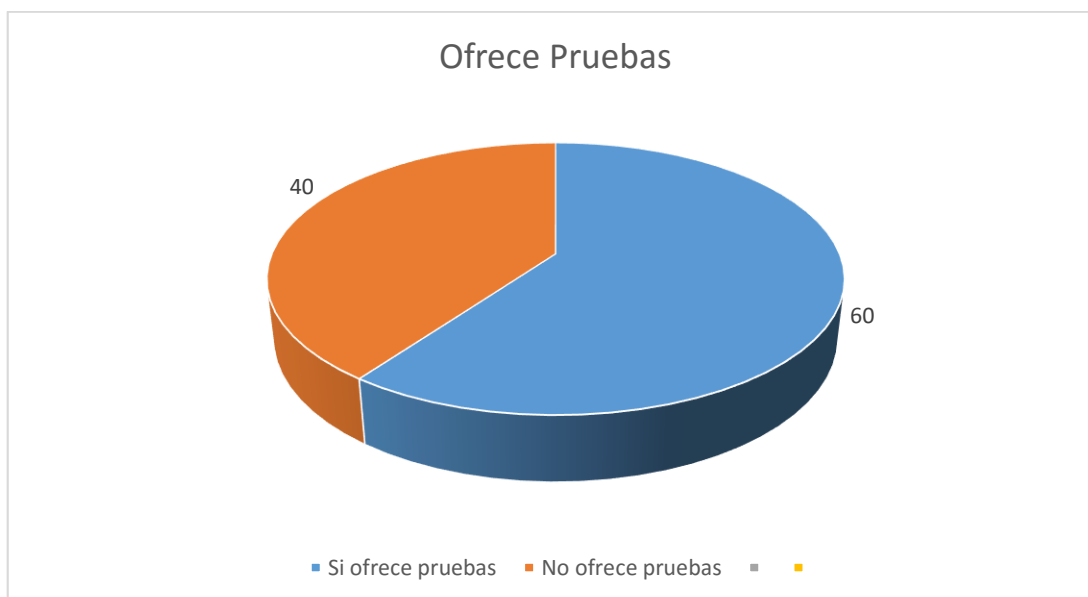
1.- A la pregunta: ¿En los procesos penales, Ud. exige el pago de la reparación civil?



Fuente: Propia

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

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



Fuente: Propia

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

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



Fuente:

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

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



Fuente: Propia

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

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



Fuente:

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

CONCLUSIONES

1. **LA REPARACIÓN CIVIL** proveniente del delito, surge a consecuencia del **DAÑO** causado, sin que entre las partes haya existido una vinculación jurídica o relación previa; por tanto, derivada de **responsabilidad civil extracontractual**, regulada por lo dispuesto en el artículo 1969 y ss. del Código Civil.
2. **LA RESPONSABILIDAD CIVIL** procedente del delito, tiene **naturaleza privada**. En tal virtud, es renunciable, objeto de desistimiento y transmisible (mortis causa o Ínter vivos); es más, su pago puede quedar a cargo de un tercero, al no tratarse de un obligación personalísima como la obligación de afrontar la pena.
3. La gran mayoría de los abogados penalistas **DESCONOCEN** las normas del Código Civil aplicables para **cuantificar** el daño causado proveniente de un delito; esto es, los principios vinculados a la **RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**, siendo así, es natural que se encuentren con dificultades al momento de cuantificar, ofrecer pruebas y sustentar el monto de la reparación civil durante el juicio oral.
4. Ante el incumplimiento de pago de la **reparación civil** por parte del sentenciado, los fiscales solicitan la **revocación de la pena**, focalizándose sólo a solicitar la conversión de la pena suspendida por **efectiva**, medida que a todas luces atenta gravemente contra el Principio de Proporcionalidad, por cuanto infringe el derecho fundamental a **La Libertad** del sentenciado; dejando de lado, otras medidas igual de eficaces y menos lesivas como son **los embargos**, que tanto la justicia penal y civil los prevé.

RECOMENDACIONES

1. Tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional deben **unificar criterios** respecto la naturaleza jurídica de la **reparación civil**, debiendo optar, obviamente, por su naturaleza privada; de lo contrario, siempre se verá afectado el derecho fundamental a la libertad del sentenciado.
2. Recomendar al Colegio de Abogados de Lambayeque promover cursos de capacitación sobre **“RESPONSABILIDAD CIVIL”**, dirigido a los abogados miembros, sobre cómo cuantificar la reparación civil en los procesos penales.
3. Recomendar a los Magistrados (jueces penales y fiscales) capacitarse en materia de **“RESPONSABILIDAD CIVIL”** (contractual y extracontractual), a efectos que sepan cómo y cuándo recurrir a las normas del Código Civil para sustentar la reparación civil en un proceso penal.
4. Recomendar a los jueces penales que al momento de dictar la sentencia condenatoria y fijar la reparación civil, deben cumplir con la debida motivación de las resoluciones conforme lo establece el artículo **139, Inc. 5)** de la Constitución Política del Estado; debiendo desarrollar cualitativa y cuantitativamente el monto de la reparación civil, no limitándose a precisar que el pago de la reparación civil debe comprender sólo la restitución del bien.

BIBLIOGRAFIA

1. ALZAMORA SILVA, Lizardo: “Derecho Romano”. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1946.
2. ARIAS SCHREIBER, Max: “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”. Tomo II. Ediciones San Jerónimo, 1ª. Edición, 1988, Lima-Perú, 433 pp.
3. BALAREZO, Manuel: “Nuevo Código Civil” (D.L. 295 del 24/7/1984). Editorial Importadora y Distribuidora de Publicaciones S.A., 2ª. Edición, 1987, Lima-Perú, 512 pp.
4. BARBERO, Doménico: “Sistema del Derecho Privado, Libro IV, Contratos”. Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de Santiago Sentís Melando, 1967, Buenos Aires-Argentina.
5. CHAPARRO FLORES, Ana: “Cabalgando de paso por el Daño Patrimonial”. En: Diálogo con la Jurisprudencia, Enero-Febrero de 1998, Gaceta Jurídica-Editores. pp. 220 y ss.
6. CONGRESO DE LA REPUBLICA: “Constitución Política del Perú, 1993”. Edición Oficial del Congreso de la República, Lima-Perú, 114 pp.
7. DE CUPIS, Adriano: “El Daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Bosch Casa Editorial S.A., traducción de la 2ª. Edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, 1975, Barcelona-España, 852 pp.
8. DE TRAZEGNIES, FERNANDO: “La Responsabilidad Extracontractual”. Tomos I y II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª. Edición, 1988, Lima-Perú.
9. DEL BUSTO DUTHURBURU, Javier: “Accidentes de Tránsito”. 1ª. Edición, 1986, Lima-Perú.

10. DIAZ PASAPERA, Diomedes: “Investigación de Accidentes de Tránsito”. Impresiones Godoy, 1988, Lima-Perú, 155 pp.
11. ESPINOZA ESPINOZA, Juan: “Derecho de la Responsabilidad Civil”, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición. Perú 2002.
12. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: “El daño al Proyecto de Vida en una reciente Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Sentencia del 17 de Septiembre de 1997, caso Loayza Tamayo”. En: Diálogo con la Jurisprudencia- Gaceta Jurídica, No 12, setiembre de 1999, pp. 11-43.
13. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás: “La Reparación Civil en el Proceso Penal”. Idemsa, 1999, Lima-Perú, 404 pp.
14. HUANCAHUARI FLORES, Simeón: “Nuevo Código Procesal Civil”. Texto Único Ordenado, vigente a partir del 28 de julio de 1993. Impreso en la UNMSM, 1993, Lima-Perú, 459 pp.
16. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA: “Perú: Estadísticas de La Criminalidad”. Dirección Técnica de Demografía y Estudios Sociales.
17. JO LAOS, María Elena: “La Reparación Civil en el Proceso Penal”. En: Revista de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, Ediciones Jurídicas, No 2, 1999, pp. 69 al 71.
18. LEDESMA NARVAEZ, Marianella: “Los Gastos en el Proceso Civil”. En: Revista DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA - GACETA JURÍDICA, 1999, pp. 25-33, Lima-Perú.
19. LEDESMA NARVAEZ, Marianella: “Jurisprudencia Actual”. Tomo I. Gaceta Jurídica Editores, 1998, Lima-Perú, 422 pp.

20. LOAYZA LAZO, Alberto: “La deuda indemnizatoria como deuda de valor”. I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial. 24, 25 y 26 de Noviembre de 1993, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Instituto Peruano de Derecho Civil y Comercial, 1994, Lima-Perú-, pp. 351-357.
21. MAZEAUD, LEON; MAZEAUD, Henri y TUNC, André: “Responsabilidad Civil”. Tomos 1-I y 2-I. Ediciones Jurídicas Europa-América, responsabilidad de la traducción profesor Santiago Sentís Melendo, 1961, Buenos Aires-Argentina.
22. ORAMOS CROSS Alfonso: “Responsabilidad Civil, Orígenes y Diferencias respecto a la Responsabilidad Penal” 2000. Editorial NORMAS.
23. ORTOLAN, M: “Compendio del Derecho Romano”. Editorial Heliasta S.R.L, traducción directa del francés por Francisco Pérez de Anay y Melquiades Pérez Rivas, 1978, Benos Aires-Argentina.