

ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL RESARCIMIENTO ECONÓMICO DEL DAÑO CAUSADO POR EL DELITO

Luis Gustavo Guillermo Bringas*
Profesor de Derecho Penal
Universidad Nacional de Trujillo

1. PRECISIONES CONCEPTUALES

Es común encontrar en manuales de Derecho penal afirmaciones como la siguiente: “de todo delito o falta, además de la responsabilidad penal concretada en la pena y/o medida de seguridad, surge también una responsabilidad civil”¹. Esta afirmación suele corresponderse con la denominación comúnmente usada de “reparación civil derivada del delito” y que mantenemos en el presente trabajo sólo por el peso de la tradición y por lo extendido de su denominación. Con ella, en realidad se quiere hacer referencia al resarcimiento de los daños ocasionados a una persona, con ocasión de la comisión de un hecho punible. La obligación de resarcir no surge ni se deriva del delito, sino del daño producido, es decir, no se trata de un resarcimiento *ex delicto*, sino *ex damno*². Por ello, con razón se afirma que “sin daño, pues, no habrá obligación de resarcir, aunque haya existido delito (...). En suma, el delito o la falta no fundamentan la obligación de resarcir, sino el daño causado”³.

Asimismo, tampoco es exacto sentenciar que de todo delito o falta surge responsabilidad civil, pues, si como acabamos de afirmar, la obligación de resarcir no surge del delito, sino que ésta se fundamenta en la producción de un daño antijurídico, el

* Fiscal Adjunto Provincial Penal del Distrito Judicial de La Libertad. Estudios de Maestría en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas en la Universidad Nacional de Trujillo

¹ Sólo a título de ejemplo, Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho Penal. Parte General*. T. III, Lima, 2004, p. 345.

² En esta misma línea, SILVA SÁNCHEZ, ¿“*ex delicto*”? *Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal*, www.indret.com (citado el 21 de enero de 2007).

³ MÚRTULA LAFUENTE, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*. T. IV, Madrid, 2000, p. 226. En el mismo sentido, afirma LANDROVE DÍAZ, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 3ª ed., Madrid, 1991, p. 151, que para que aparezca la responsabilidad civil es necesario la producción de un daño o perjuicio patrimonial.

resarcimiento sólo corresponderá cuando el hecho sustanciado en el proceso penal lo haya ocasionado, independientemente de la condena impuesta al responsable penal. Con ello se está afirmando que al margen del contenido penal de la sentencia impuesta, para que además proceda imponer el pago de reparación civil, es condición necesaria acreditar la producción de un daño a cargo del autor del hecho, pues sucede que existen delitos que no ocasionan daño alguno, como los delitos de simple actividad, los de peligro, o aquellos cuyo grado de realización alcanza sólo el grado de tentativa. Claro que también puede suceder que a pesar de no tratarse de delitos de resultado lesivo o no habiéndose producido el mismo (tentativa) ya se hayan ocasionado daños y perjuicios al agraviado, en cuyo caso sí procederá el resarcimiento. Así, por ejemplo, en una tentativa de violación sexual, donde si bien no se produjo la consumación del evento delictivo (resultado típico), sí se han producido lesiones a la víctima o se le ha ocasionado una grave afección mental; situación que evidentemente merece ser resarcida. Lo mismo puede predicarse respecto a los delitos de peligro, donde si bien el tipo penal no exige resultado lesivo alguno (más allá de la infracción de la norma), la acción puede llegar a producir daños que merecen ser indemnizados.

Lo acabado de mencionar nos lleva a analizar si es que los daños que merecen ser indemnizados mediante la denominada *reparación civil derivada del delito* son sólo los daños penalmente típicos, los derivados de la conducta delictiva, pero extratípicos, o también los daños que no tienen relación alguna con el evento delictivo. Aunque la jurisprudencia no se ha ocupado en específico de este tema, es importante tener en claro cuáles son los daños que serán indemnizados. Habrá que partir por afirmar que siendo el fundamento de la responsabilidad civil distinto del fundamento de la responsabilidad penal, el daño indemnizable no se refiere únicamente al daño como resultado típico, pero, claro, tampoco lo excluye. Por ejemplo, es evidente que la muerte de otro constituye el resultado típico en el delito de homicidio, y en tanto produce un daño, los perjudicados por el mismo tienen derecho a resarcimiento. En este supuesto nos encontramos ante un daño penalmente típico. Pero también puede suceder, aunque sea en pocos casos, que algún delito de peligro como, por ejemplo, el de fraude en la administración de las personas jurídicas (de peligro concreto) pueda finalmente producir resultados extratípicos (perjuicio económico a los acreedores), cuya constatación no revista ninguna importancia para el juicio de imputación penal, pero sí sirva de sustento para fundamentar una responsabilidad civil en el proceso penal; responsabilidad civil, que,

por lo demás, debe ser declarada por el Juez en la misma sentencia donde se condene al autor como responsable de un delito de peligro⁴.

Situación algo más controvertida se presenta cuando se analiza la posibilidad de condenar al pago de una reparación civil de daños desvinculados con el delito denunciado, es decir, daños penalmente no típicos ni derivados de un hecho típico. Al respecto debe considerarse que el legislador peruano en el artículo 92° del Código Penal, establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que por regla la reparación civil se impone siempre que también se le haya impuesto una pena al autor, con excepción de algunos supuestos, como la reserva del fallo condenatorio y el concurso real retrospectivo⁵. En cualquier caso, estamos hablando siempre de un juicio de culpabilidad penal al autor, al margen que no se dicte el extremo de la condena, como en el caso de la reserva del fallo condenatorio. Y si hablamos de responsabilidad penal, nos referiremos siempre a un hecho típico, que a su vez ha causado daño a la víctima. Sin embargo, las dudas acerca de esta opción legislativa aparecen cuando se revisa el inciso 3) del artículo 12 del Código Procesal Penal del año 2004, donde se establece que “La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible...”. El problema es que no queda claro a qué se refiere el legislador cuando habla del órgano jurisdiccional. ¿Se está aludiendo acaso al mismo órgano jurisdiccional penal, que sentenció por la absolución del procesado o el sobreseimiento de la causa?, ¿o al órgano jurisdiccional civil competente? Nos arriesgamos a pensar que el legislador está haciendo referencia a este último, manteniendo el sistema vigente hasta la actualidad, según el cual la reparación civil se impone sólo cuando exista también sanción penal (con las excepciones ya mencionadas), aún cuando no siempre que se condene penalmente a alguien, surgirá la obligación de resarcir, pues para ello será necesario acreditar el daño causado.

Afirmábamos que empiezan las dudas con la norma antes mencionada, pues si se entendiera que el mismo Juez penal tiene la facultad de imponer el pago de reparación civil, a pesar de que exista sentencia absolutoria o sobreseimiento de la causa, podría presentarse el caso de una resolución que dispone el sobreseimiento porque el hecho imputado no es típico (artículo 344°, inc. 2, párrafo b) del Código Procesal Penal de 2004) y, sin embargo, por presentarse los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, se ordene el

⁴ En esta línea, afirma SILVA SÁNCHEZ, *Op. Cit.*, que para que surja un título de responsabilidad civil “derivada del delito” no se requiere que el daño causado por el delito sea un daño penalmente *típico*.

⁵ GARCIA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte General*, 2ª ed., Lima, 2007, pp. 995-996.

pago de reparación civil, cuando, evidentemente, dicho resarcimiento surge de un hecho que, ni es típico ni se deriva del mismo. Esta situación, según entiendo, no es posible en nuestro sistema procesal actual, no sólo por lo prescrito por el artículo 92° del Código Penal, sino también porque la acción civil incorporada dentro del proceso penal, tiene la característica de ser accesoria, respecto de la pretensión penal –que es la pretensión principal en el proceso penal- y no alternativa.

La razón por la cual se ha colocado la disposición mencionada en el Código Procesal Penal obedece, a nuestro parecer, a la decisión de resaltar adecuadamente el hecho que la irresponsabilidad penal no presupone la irresponsabilidad civil, en tanto cada cual se analiza bajo distintos presupuestos. De modo tal que nada obsta para que a pesar de existir una sentencia absolutoria, el perjudicado con un evento dañoso pueda recurrir a la vía civil y demandar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, no siéndole oponible la excepción de cosa juzgada, pues su pretensión civil insertada en el proceso penal no ha sido desestimada, sino que al no existir pena para el autor, por mandato del artículo 92° del Código Penal, no puede tampoco fijarse la correspondiente reparación civil en sede del proceso penal.

Por cierto, todas estas reflexiones acerca de los daños a ser resarcidos, y la exigencia que los mismos se determinen recién luego de afirmado la presencia de un delito (sea que los *daños* sean *típicos* o se deriven del mismo), rige fundamentalmente para los causantes directos del daño (autores y partícipes), pero también para otros obligados solidariamente, como el tercero civil, cuya responsabilidad no se fundamenta en la realización de un delito, que a su vez cause daño, sino que su responsabilidad civil se deriva de la *garantía de reparación* que lo vincula con el autor del hecho. Claro que, por regla, deberá imponerse una pena a los autores del hecho, para habilitar recién la declaración de responsabilidad del tercero civil.

Algo distinta es la situación en países como España, donde el legislador ha previsto en el artículo 119° de su Código Penal la facultad del Juez o Tribunal -que dicte sentencia absolutoria por estimar causas tales como la inimputabilidad, el estado de necesidad, el miedo insuperable, etc.-, de fijar las responsabilidades civiles a que hubiera lugar. Se trata, pues, de supuestos de conductas que aun no siendo punibles, sí generan responsabilidad civil en otras personas (guardadores), pudiendo el Juez Penal proceder a fijar la reparación civil en *esa* misma sentencia absolutoria.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Sobre este tema, somos de la opinión que si se tuviera un adecuado conocimiento acerca de la naturaleza jurídica de esta institución, y, sobre todo, de las consecuencias de asumir una posición al respecto, muchos de los problemas de aplicación jurisdiccional ya hubieran sido resueltos hace mucho tiempo. No obstante, por los objetivos del presente trabajo ya no abordaremos en detalle este importante tópico, remitiéndonos a una publicación anterior, donde hemos fijado nuestra posición a favor de la naturaleza jurídica privada de la reparación civil derivada del delito⁶, y desde esa perspectiva, replanteado una interpretación de los artículos 92° del Código Penal, 285° del Código de Procedimientos Penales, entre otras normas que inciden directamente en esta materia. Por lo que aquí interesa, basta con recordar que la naturaleza jurídica privada de la responsabilidad civil *ex delicto* se funda en los siguientes argumentos⁷:

- a) La desaparición de los preceptos que regulan la responsabilidad civil del Código Penal, carecería de relevancia, pues podría accionarse en la vía civil basado en la normatividad propia del Código Civil.
- b) Algunos de los conceptos que la integran coinciden con instituciones civiles (acción reivindicatoria).
- c) La responsabilidad civil sigue un régimen autónomo e independiente de la pena, subsistiendo aunque se extinga la responsabilidad penal.
- d) La no-aplicación del principio de presunción de inocencia en la responsabilidad civil, pues tratándonos de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, opera, por disposición de las normas del Código Civil, el principio de inversión de la carga de la prueba.
- e) La reparación civil no es personalísima, como sí lo es la pena, por tanto aquélla puede transmitirse a los herederos.
- f) La responsabilidad civil no se establece de manera proporcional a la gravedad del delito, sino teniendo en cuenta la entidad y magnitud del daño causado.
- g) La reparación civil tiene como finalidad reparar el daño causado por una conducta antijurídica y se orienta a la víctima. La pena tiene fundamentalmente fines preventivos.

Es necesario agregar que algunos autores consideran que si bien la reparación civil, como su propio nombre lo anuncia, tiene naturaleza jurídica civil o privada, las normas que lo regulan, tanto en el Código Penal, Código de Procedimientos Penales y Ley Orgánica del Ministerio Público, tienen

⁶ Cfr. GUILLERMO BRINGAS, *La naturaleza jurídica de la reparación civil derivada del delito*, en: Actualidad Jurídica, Tomo 149, Lima, abril 2006, pp. 81-87.

⁷ *Ibidem*, p. 82.

naturaleza pública. No obstante, es importante indicar que, conforme lo resalta la doctrina mayoritaria, “es indudable que tanto la responsabilidad misma como los preceptos que las regulan tienen naturaleza civil”⁸. Es más, la responsabilidad civil *ex delicto* constituye sólo una parte de la responsabilidad civil extracontractual⁹, de aquella responsabilidad derivada del mandato general de que todo aquel que causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo.

3. DELITOS QUE GENERAN RESPONSABILIDAD CIVIL

Es claro que en el plano teórico cualquier delito *puede* generar responsabilidad civil, al margen de si se trata de un delito de resultado lesivo, de peligro o de simple actividad. Pero, al mismo tiempo, no todos los delitos, *per se*, llevan aparejados una reparación civil. Es que, como ya hemos mencionado anteriormente, el fundamento de las responsabilidades, civiles y penales, se asientan en criterios disímiles. Lo importante para condenar a alguien al resarcimiento económico es la *constatación* de un daño. Así, se afirma que solamente habrá responsabilidad civil cuando el delito enjuiciado sea de los que *producen un daño reparable*¹⁰.

Es discutido por algunos autores si los delitos en grado de tentativa tienen entidad suficiente para hacer surgir la obligación de resarcir, en tanto no han producido el resultado lesivo exigido por el tipo penal; o, aceptando la posibilidad de afirmar la reparación civil, se cuestionan acerca de si la medición de la misma está en función al grado de realización del injusto. Así, afirman algunos autores que es “... coherente con la objetividad del juicio reparatorio tener en cuenta el grado de realización del injusto penal. Lo que equivale a sostener que la reparación civil tiene que ser menor en una tentativa que en un delito consumado¹¹”. Pues bien, al respecto habría que precisar que es posible que, efectivamente, el resarcimiento económico sea mayor en un delito consumado que en uno tentado, pero no porque la determinación de la responsabilidad civil se realice con los mismos elementos de medición de la pena, sino porque en el plano fáctico seguramente causa un mayor daño –que debe ser reparado– un delito que llegó al grado de consumación. Con esto quiere resaltarse, otra vez, que el tema siempre girará en torno a los

⁸ ALASTUEY DOBÓN, en: GRACIA MARTÍN (Coord.), *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 2ª ed., Valencia, 2000, p. 413.

⁹ *Ibidem*, p. 414.

¹⁰ Así, QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES, CAVANILLAS MUJICA Y DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, *La responsabilidad civil ex delicto*, Navarra, 2002, p. 41. En esta línea, afirma ALASTUEY DOBÓN, *Op. Cit.*, p. 420, que cualquier delito puede dar lugar a responsabilidad civil si ha generado daños o perjuicios y que, a la inversa, si hay delito pero no se han derivado de él daños y perjuicios, no habrá nacido responsabilidad civil alguna.

¹¹ PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima, 2000, p. 286.

daños efectivamente causados, al margen de que se trata de un delito tentado.

Una situación igualmente polémica se presenta en el análisis de la responsabilidad civil en los delitos de peligro, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. La discusión surge debido a la estructura de los delitos de peligro, que para su consumación no requieren de lesión de objeto alguno, sino que basta que la conducta realizada represente una puesta en peligro de los bienes jurídicamente protegidos. No obstante ello, como bien apunta la doctrina, en estos delitos no cabe negar *a priori* la posibilidad de que surja responsabilidad civil¹², pues aunque en el terreno fáctico es difícil imaginar supuestos de delitos de peligro que produzcan daños o perjuicios -sin que no se trate de concurso de delitos-, no por ello podemos cancelar tal posibilidad.

Trasladándonos al otro extremo, en alguna oportunidad nuestra jurisprudencia se ha decantado por condenar al pago de reparación civil, en todos los delitos, incluidos los de peligro, con argumentos por demás cuestionables. Así, en el Pleno Jurisdiccional del año 2000, Tema 5, Acuerdo Quinto, se estableció que: “En las sentencias por delitos de peligro se debe fijar la reparación civil, ya que ésta se determina conjuntamente con la pena y debe estar contenida en el fallo condenatorio de acuerdo al art. 285° del C de PP”. Es decir, nuestros órganos jurisdiccionales sustentan su razonamiento en una interpretación literal del artículo 92° del CP y 285° del C de PP, sin tener en cuenta la naturaleza jurídica privada de la institución en análisis. Por ello, no es de recibo esta posición de la jurisprudencia nacional. Por el contrario, a nuestro juicio, esas normas sólo hacen referencia a la oportunidad en la que debe determinarse la reparación civil (en la sentencia condenatoria), así como la obligación de que ésta se encuentre contenida en dicha sentencia, siempre que no se haya extinguido la reparación civil por otros medios, o exista renuncia o desistimiento. Por ello, conforme hemos señalado en otro lugar¹³, además del requisito ineluctable de la existencia de un daño reparable, la reparación civil se determinará conjuntamente con la pena y deberá imponerse en la sentencia condenatoria, si y sólo si, el agraviado se haya constituido en actor civil en el proceso penal.¹⁴ Otra interpretación llevaría al absurdo de que exista, considerando la naturaleza privada de la pretensión civil, *una demanda sin demandante*, asimismo, una sentencia, fijando un monto por concepto de reparación civil, sin que el titular de la misma haya presentado requerimiento judicial alguno ni indicado, por ello, *monto del*

¹² ROIG TORRES, *La reparación del daño causado por el delito*, Valencia, 2000, p. 125.

¹³ GUILLERMO BRINGAS, *Op. Cit.*, p. 87.

¹⁴ En este sentido, también, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima, 2001, p. 83.

petitorio, ni ofrecido tampoco los medios probatorios que sustenten su pretensión.

Recientemente la Corte Suprema ha corregido este parecer. Así, en el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, establece que "... no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía".

Esta posición es inobjetable, pues, conforme hemos venido analizando, todo delito puede generar responsabilidad civil, siempre que como consecuencia del mismo se hayan producido daños reparables, sin importar que, como en este caso, estemos ante delitos de peligro.

Lo que sí resulta discutible es el argumento utilizado en el segundo párrafo, del fundamento 10, del citado Acuerdo Plenario, donde se indica que: "En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos... se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles... Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión [el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo]". La redacción del párrafo mencionado es lo que genera dudas de interpretación. A mi parecer, la Corte Suprema ha combinado innecesariamente argumentos de índole penal y civil, pues, por ejemplo, cuando expresa que *esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer*, habrá que entender que está aludiendo a la sanción penal, en un entendimiento de pena como reestabilización de la vigencia del ordenamiento jurídico, pues la reparación civil no persigue tal finalidad, sino sólo resarcir a la víctima del delito por los daños causados.

Dicho argumento no contribuye a darle claridad al tema del resarcimiento civil en los delitos de peligro, sino, por el contrario, puede llevar a zonas oscuras. En tal sentido, podría interpretarse, por ejemplo, que la Corte Suprema fundamenta la reparación civil en los delitos de peligro, en el hecho que éstos alteran o perturban el ordenamiento jurídico. Si éste fuera el caso, dicha posición no puede ser compartida, si se tiene en cuenta que todos los delitos, sin distinción alguna, tienen el significado de alterar el ordenamiento jurídico, y no por ello se va a imponer en todos los casos la obligación de resarcimiento económico, porque terminarían confundándose pena y reparación civil.

4. CONTENIDO DE LA REPARACIÓN CIVIL

4.1. La Restitución

El artículo 93º del Código Penal prescribe: “*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*”. En principio, es importante definir a la palabra “Restituir”. Según el Diccionario de la Real Academia Española, restituir significa “volver algo a quien lo tenía antes”. Esta concepción es la que, aparentemente, acoge un sector de la doctrina, pues definen a la restitución como reintegración del estado de cosas existente con anterioridad a la violación de la ley o restauración del bien afectado a su condición anterior al delito¹⁵.

Sin embargo, entender a la restitución como mera reintegración posesoria, como una simple devolución del bien a quien lo tenía en su poder antes del delito, puede conducir a situaciones absurdas e injustas¹⁶; así, apuntan algunos autores, podemos terminar devolviendo el bien hurtado a quien también lo había obtenido por ese medio, con lo cual, la reparación civil no cumpliría su finalidad reparadora.

Con la finalidad de evitar una situación como la descrita, otro sector de la doctrina, con el cual convenimos, afirma que la restitución debe entenderse como forma de restauración de la situación jurídica alterada por el delito o devolución del bien, dependiendo del caso, al legítimo poseedor o propietario¹⁷.

La restitución, se afirma, tiene carácter preferente respecto de otras formas de reparación. Esta aseveración se basa tanto en la característica de esta institución, de ser la forma más genuina y propia de reparación, como en el orden establecido por el legislador en la ley penal¹⁸. Sin embargo, esta afirmación no es del todo pacífica en la doctrina. Existen otros autores que niegan tal preferencia, manifestando que “la restitución se presenta... como la primera vía de reparación, si bien no la única y acaso ni siquiera la preferente... pues depende del tipo de delito y de los daños que el hecho delictivo haya ocasionado...”¹⁹.

¹⁵ En nuestra patria, PRADO SALDARRIAGA, *Op. Cit.* p. 283, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 5ª ed., Lima, 1994, p. 285; GALVEZ VILLEGAS, *La reparación civil en el proceso penal*, Lima, 1999, p. 186.

¹⁶ Cfr. ROIG TORRES, Margarita, *Op. Cit.*; p. 154.

¹⁷ En nuestra patria, CASTILLO ALVA, José Luis, *Op. Cit.*, p. 128. En la doctrina comparada, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Op. Cit.*, p. 160; ROIG TORRES, Margarita, *Op. Cit.*, p. 155; MONTES PENADES, Vicente, en: Tomás Vives Antón (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Pamplona, 1996, p. 589; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte General*. 4ª ed., Valencia, 1996, p. 879.

¹⁸ Por todos, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y TAMARIT SUMALLA, José María, en: Juan Manuel Valle Muñiz (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 560.

¹⁹ MONTES PENADES, Vicente, *Op. Cit.*; p. 588.

Respecto a este punto, debemos mencionar que nuestro Código Penal parece también otorgar cierta preferencia a la restitución, frente a la indemnización de daños y perjuicios. Empero, cabe realizar una precisión: en todo caso, la restitución tendrá preferencia frente a la indemnización, siempre que el tipo de delito así lo permita. No debe olvidarse que existen delitos en los cuales no es posible realizar ningún tipo de restitución.

Por otro lado, el hecho que la restitución tenga carácter preferente, no implica que ésta sea excluyente, sino, por el contrario, complementaria, integrando una parte de la reparación civil. Claro que existen autores que fijan diferencias entre la restitución y la indemnización de daños y perjuicios, afirmando que “la diferencia entre ambas acciones radica, en primer lugar, en que mientras para la acción de resarcimiento se exige, como regla general, la culpabilidad del sujeto obligado, por el contrario, para la acción reivindicatoria se prescinde por completo de este elemento; de tal forma que un tercero totalmente ajeno a la producción del hecho ilícito puede verse obligado a restituir la cosa objeto de delito...”²⁰.

Ahora bien, respecto a los bienes que pueden ser objeto de restitución, el artículo 93° del Código Penal, antes citado, hace referencia a la *restitución del bien*; es decir, son objeto de restitución todos los bienes, muebles o inmuebles, que hayan sido arrebatados a la víctima del delito. La restitución del bien opera para delitos que han implicado un despojo o apropiación de bienes²¹. La restitución se hará con el mismo bien que ha sido objeto de sustracción o apoderamiento. Tratándose de bienes inmuebles, aunque resulte obvio, la restitución no debe ser entendida como traslado físico del bien, sino como restauración de la situación jurídica alterada, retornando la posesión del bien al propietario o legítimo poseedor.

Una cuestión especialmente interesante se presenta cuando se trata de delitos en los cuales se ha sustraído o apoderado sumas de dinero. Este problema ya se había presentado en España, debido fundamentalmente a la regulación anterior, en la cual se hacía alusión a la *restitución de la cosa*. Sin embargo, el nuevo Código Penal español ha optado por referirse a la *restitución del bien*. Por ello, en la actualidad un sector de la doctrina opina por la procedencia de la restitución de dinero, como una forma de reparación civil²².

El problema de la restitución del dinero también puede ser analizado en nuestro país, al tenor de nuestra legislación vigente. En

²⁰ MÚRTULA LAFUENTE, *Op. Cit.*, p. 229.

²¹ GARCIA CAVERO, *Op. Cit.*, p. 998.

²² En este sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y TAMARIT SUMALLA, José María, *Op. Cit.*; p. 560.

efecto, el glosado artículo 93° del texto penal, prescribe: “*La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor. (...)*”. Asimismo, el artículo 94° del mismo Código, establece: “*La restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar su valor contra quien corresponda*”.

Lo primero que debe tenerse presente es que el dinero, definitivamente, es un bien. Al ser así, -por lo menos de una primera lectura-, no habría inconveniente para que éste pueda ser considerado como objeto de restitución²³, en todos los casos. Sin embargo, dos razones provenientes del mismo Código Penal nos obligan a pensar lo contrario. El mismo artículo 93°, antes citado, prevé que, ante la imposibilidad de restituir el bien, proceda el pago de su valor. Cuando la referida norma establece *el pago de su valor*, se entiende que el mismo se efectúa con dinero. En este orden de ideas, se deduce que el bien a ser restituido puede ser cualquiera, menos dinero; por ello, sólo ante la imposibilidad de restitución se entregará éste. ¿No sería acaso un contrasentido que ante la imposibilidad de restituir una suma de dinero, se pague su valor, también, con dinero? Asimismo, el artículo 94° del Código Penal prevé la obligación de que la restitución se realice con el mismo bien, aun cuando se halle en poder de terceros. Si aceptáramos que el dinero es objeto de restitución, indiscriminadamente, dada la naturaleza de éste, tendríamos que realizar una labor persecutoria extraordinaria, lo cual nos conduciría a situaciones inverosímiles²⁴.

Por todo lo expuesto, consideramos que cuando el responsable tenga que entregar una suma de dinero equivalente a la cantidad sustraída o apoderada, ésta debe entenderse como indemnización y **sólo cuando el dinero u otro bien fungible se hallare en poder del responsable** (o tercera persona a quien le ha encargado el dinero), **como restitución**²⁵. Es decir, si el dinero o bien fungible ha desaparecido o ha sido consumido, la cantidad equivalente que se entregue debe ser considerada como indemnización, no como restitución.

Finalmente, respecto a la extensión de la restitución, como forma de reparación civil, debemos realizar algunas precisiones. El glosado artículo 94° del Código Penal, al establecer que la restitución debe realizarse con el mismo bien, aunque se halle en poder de tercero, tiene como finalidad brindar la mayor protección posible al

²³ Defensor de esta interpretación, CASTILLO ALVA, José Luis, *Op. Cit.*, p. 132.

²⁴ Por ello, ROIG TORRES, Margarita, *Op. Cit.*, p. 168; con gran audacia, realiza la siguiente interrogante “¿Cabrán en tal coyuntura dirigirse contra todo aquél que realizó una prestación onerosa a favor del culpable, o frente a quienes a su vez recibieron de estos terceros una parte del efectivo?”.

²⁵ *Loc. Cit.*

perjudicado con el delito, franqueando toda posibilidad de que el bien sea adquirido por tercera persona. Sin embargo, con la finalidad de no dejar desamparado al tercero adquirente, establece a su favor el derecho de repetición.

En este sentido, la doctrina nacional ha interpretado que la restitución se realiza con el mismo bien, aun cuando éste se halle en poder de terceros, sin importar que se trate de una transferencia gratuita u onerosa, de buena o mala fe, de bien mueble o inmueble, cumpliendo alguna formalidad o sin ella, etc²⁶.

Sobre esto, aparentemente, no hay mayor discusión. Y decimos “aparentemente” pues basta colocarnos en el siguiente ejemplo, para que empiecen a germinar las dudas: en un caso de estafa, en el cual el autor, astutamente, ha logrado que el perjudicado firme una escritura pública de compra-venta de bien inmueble y, posteriormente, ha inscrito su nueva y flamante propiedad en los Registros Públicos. Luego, el autor de la estafa vende este bien a un tercero de buena fe. En el análisis del presente caso, debe considerarse el tenor del artículo 2014° del Código Civil: *“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos”*. En este caso, ¿también es aplicable el artículo 94° del Código Penal? o, por el contrario, el tercero adquirente de buena fe, a título oneroso, que adquirió el bien inmueble de quien en Registros Públicos aparecería con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición. Nos inclinamos por esta última posición. El artículo 2014° del Código Civil constituye una excepción a la regla general impuesta por el artículo 94° del Código Penal. Se trata de un supuesto de norma especial frente a norma general.

4.2. Indemnización de Daños y Perjuicios.

Como ya se ha visto en los delitos en los que existe una sustracción o apoderamiento de un bien material, en primer orden, debe buscarse la restitución del bien, en aplicación del artículo 93°, inc. 1) del Código Penal, o, cuando ésta no fuera posible, debe pagarse su valor. Asimismo, en los delitos en los cuales se ha vulnerado derechos no patrimoniales del perjudicado o, incluso, habiéndose realizado la sustracción de un bien, además se ha lesionado estos derechos, corresponde una indemnización de daños y perjuicios. Esta indemnización –prevista en el mismo artículo 93°, inc. 1), segunda parte; e inc. 2), del Código Penal-, es una forma de

²⁶ Cfr., entre otros, ZARZOSA CAMPOS, Carlos; *La Reparación Civil del Ilícito Penal*, Lima, 2001, p. 179, CASTILLO ALVA, José Luis, *Op. Cit.*, p. 137.

reparación civil mucho más amplia que la primera, pues busca resarcir a la víctima del delito no sólo por los daños causados a sus bienes sino también –y sobre todo- a su persona.

Esta indemnización de daños y perjuicios, ante la falta de una amplia regulación en el Código Penal, debe ser determinada de acuerdo a las normas del Código Civil y comprenderá, dependiendo del caso concreto, el resarcimiento por todos los daños causados, tanto patrimoniales como extra-patrimoniales. Esta afirmación fluye del análisis del texto penal citado, pues, al no distinguir ni limitar algunos de los daños a ser indemnizados, se entiende que abarca todos los reconocidos por el Derecho civil. Es decir, la indemnización de daños y perjuicios, como parte de la reparación civil derivada del hecho punible, puede cubrir el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral²⁷.

No debe perderse de óptica que para que exista responsabilidad civil es necesario de la presencia de cuatro elementos: el hecho ilícito, el daño causado, la relación de causalidad y el factor de atribución. En consecuencia, cuando se determine la indemnización de daños y perjuicios que corresponda tendrá que recurrirse, necesariamente, al análisis de estos elementos.

Cabe mencionar que en muchas ocasiones cuando se fija la reparación civil en la sentencia condenatoria, no se realiza un análisis adecuado de los requisitos de la responsabilidad civil. Asimismo, los montos impuestos, por ejemplo, como indemnización de daños y perjuicios en un caso de homicidio, no se corresponden con la magnitud del daño causado, lo que trae como consecuencia que los perjudicados se vean impulsados a recurrir a la vía civil con la esperanza de obtener un monto más elevado.

Finalmente, debemos resaltar la necesidad de actuar con diligencia cuando se trata de establecer quiénes son las personas legitimadas para reclamar indemnización de daños y perjuicios, especialmente en el caso de resarcimiento de daños extra-patrimoniales, pues, a diferencia de la restitución del bien, que debe efectuarse a favor de su poseedor o propietario legítimo, el círculo de personas que puede reclamar indemnización se amplía. No puede perderse de vista, en todo caso, que el perjudicado es la persona que en forma directa e inmediata sufre un daño o perjuicio por la comisión del delito, en este caso, un daño moral o daño a la persona.

5. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

²⁷ El denominado daño moral ha sido objeto de reparos por algunas legislaciones comparadas; sin embargo, desde el punto de vista legislativo, en el Perú no existe ninguna limitación al respecto.

Antes de iniciar el análisis de los elementos de la responsabilidad civil, resulta conveniente precisar algunos conceptos con los cuales se ha venido trabajando. Así, la doctrina, ha buscado establecer semejanzas y/o diferencias entre reparación, resarcimiento e indemnización²⁸. Indemnizar, según el Diccionario de la Real Academia Española, es resarcir un daño. A su vez, resarcir, se define como reparar, compensar²⁹. Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, la ley peruana no diferencia entre indemnizar y resarcir. Del mismo modo, nuestro ordenamiento legal utiliza la palabra *reparar*³⁰ como sinónimo de indemnizar (Código Civil), aunque esto último no es aplicable, en estricto sentido, en el Código Penal (Artículo 93°). Sin embargo, lo importante no es tanto buscar pequeñas diferencias conceptuales, sino comprender que estos conceptos, utilizados como sinónimos, hacen referencia a la reparación del daño, en forma integral.

Comentario aparte merecen *la restitución* y la compensación. La primera, como ya se ha visto, es parte integrante de la reparación civil, y consiste en restaurar la situación jurídica alterada por el delito. La segunda, en cambio, no es propiamente una clase de reparación o indemnización, sino, una forma de extinción de las obligaciones.

Elementos o requisitos para establecer la responsabilidad civil

Debemos indicar que estos elementos o requisitos se encuentran en cualquier supuesto de responsabilidad civil extracontractual y, siendo la reparación civil *ex delicto* una especie de ésta, le son también aplicables.

a) El hecho ilícito (antijuridicidad)

Para que pueda existir responsabilidad penal y responsabilidad civil, se requiere de una conducta humana que contravenga el orden jurídico. Es decir, se necesita de un hecho antijurídico. En el ámbito del Derecho civil se diferencia entre antijuridicidad típica y atípica. Cualquiera de ellas puede dar lugar a un supuesto de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, tratándose de una conducta antijurídica que, además de causar un daño efectivo, constituye delito, siempre se tratará de un caso de antijuridicidad típica. Empero, debe tenerse muy claro que, no por ello, sólo los delitos pueden calificarse como supuestos de responsabilidad extracontractual, derivados de

²⁸ Restando importancia a estas disquisiciones, RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *La Reparación como sanción jurídico-penal*, Lima, 1999, p. 136.

²⁹ Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *Op. Cit.*, p. 179 y ss.

³⁰ Algunos autores atribuyen a la *reparación* una concepción mucho más compleja. En esta línea, GHERSI, Carlos Alberto, *Teoría General de la Reparación de Daños*, Buenos Aires, 1997, p. 289.

una antijuridicidad típica, sino también existen estos casos en el Derecho civil³¹.

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

Finalmente, para efectos de sustanciar y resolver conjuntamente la acción penal y la civil, la conducta causante del daño debe ser, necesariamente, típica, pues, en caso contrario, no es que no exista responsabilidad civil, sino que no podrá tramitarse en la vía penal.

b) El daño causado

El otro elemento fundamental para que exista responsabilidad civil es el daño causado. No puede existir responsabilidad civil sin daño, pues simplemente no habría nada que indemnizar. El daño es un elemento tanto de la responsabilidad civil contractual como extracontractual. En este orden de ideas, la reparación civil derivada del hecho punible también tiene como presupuesto el daño causado. Si este elemento estuviera ausente, podrá haber responsabilidad penal, pero nunca civil³².

Tal es la importancia del daño que, modernamente, algunos autores han optado por denominar a la responsabilidad civil como *Derecho de daños*. Al margen de la discusión sobre la denominación, es preciso definir a este elemento. En este sentido, se afirma que “se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión”³³.

Este elemento sirve para definir también la finalidad de la responsabilidad civil, la cual es *reparar el daño causado*. En cambio, el Derecho penal tiene, como una de sus finalidades, la prevención

³¹ Al respecto, TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Lima, 2001, *Op. Cit.*, p. 41, expresa: “Debe pues desecharse la idea falsa y equivocada según la cual la antijuridicidad típica es privativa del ámbito de la responsabilidad penal. El concepto de tipo juega también un rol muy importante en el ámbito del derecho privado”.

³² No debe olvidarse que, como ya se ha mencionado, la responsabilidad penal tiene como fuente al delito, mientras que la responsabilidad civil, al daño causado.

³³ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Op. Cit.*, p. 29.

general de los delitos. Cabe indicar que en virtud a este elemento no basta con que exista una conducta antijurídica, es necesario además que ésta haya causado daño. En este sentido, cuando se establezca la obligación de reparación civil en una sentencia condenatoria, debe indicarse la entidad (daño patrimonial o extrapatrimonial) y magnitud (grado de afectación causado al perjudicado) del daño causado.

Finalmente, debemos indicar que el daño causado puede ser de carácter patrimonial o extrapatrimonial y, en consecuencia, la reparación civil debe comprender todos los daños causados, buscando resarcirlos en su totalidad, en aplicación del principio de reparación integral.

c) La relación de causalidad

Una vez determinada la existencia de un daño jurídicamente indemnizable, no puede aún atribuirse responsabilidad civil alguna, pues aún se requiere de un vínculo causal entre la conducta del autor y el daño causado. La relación de causalidad puede definirse como “el nexo o vínculo existente entre la acción y el resultado, en virtud del cual el resultado adquiere la calidad de efecto de la acción, a la vez que la acción adquiere la calidad de causa del resultado, estableciéndose entre ambos una relación de causa a efecto”³⁴.

Tratando de resolver el problema de la relación de causalidad, se han elaborado varias teorías³⁵, partiendo desde la teoría de la equivalencia de condiciones, hasta llegar a la teoría de la causa próxima (aplicable para los casos de responsabilidad civil contractual) y de la causa adecuada (aplicable para los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, como la reparación civil *ex delicto*). Nuestro Código Civil recoge la teoría de la causa próxima para la responsabilidad civil contractual. Así, el artículo 1321°, segundo párrafo, del citado texto legal, establece: “*El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución*”. Por otro lado, para los casos de responsabilidad civil extracontractual, -que son los que realmente nos interesan-, se recoge la teoría de la causa adecuada. El artículo 1985° del Código Civil, prescribe: “*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. (...)*”. En consecuencia, cuando se tenga que establecer la existencia de responsabilidad civil, se realizará de acuerdo a la teoría de la causa adecuada.

³⁴ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *Op. Cit.*, p. 125.

³⁵ A mayor amplitud, ORGAZ, Alfredo, *El Daño Resarcible*, Córdoba, 1980; p. 36 y ss.

En este orden de ideas, conforme ha establecido la doctrina civil, para que una conducta sea causa adecuada de un daño, deben **concurrir** dos factores: el *factor in concreto* y el *factor in abstracto*. El primero debe entenderse como una causalidad física o natural, es decir, que el daño causado debe ser consecuencia natural o fáctica del hecho ilícito del autor. El segundo, opera de la siguiente manera: “La conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado. Si la respuesta a esta interrogante es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido con el factor in concreto”³⁶. Un ejemplo de cuándo una conducta es causa adecuada de un daño, es el siguiente: un sujeto, en medio de una manifestación pública, saca un arma de fuego y dispara varias veces en distintas direcciones. Aun cuando no tenía intención de matar a nadie en particular, hiere a algunas personas y causa la muerte de otras. Analizando esta conducta, se dirá que las lesiones y muertes producidas son una consecuencia natural o fáctica de la acción realizada por el autor y, además, esa conducta antijurídica, considerada en abstracto, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, era capaz o adecuada para producir el daño ocasionado. En consecuencia, este sujeto, hasta donde venimos analizando, sería responsable civilmente.

Como se habrá advertido, la relación de causalidad que debe existir entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado, para determinar responsabilidad civil, no es la misma que se exige para establecer la responsabilidad penal, en donde actualmente se utilizan criterios normativos, como la denominada *teoría de la imputación objetiva*. Ello puede generar algunos problemas al momento de verificar la existencia de este elemento, más aún si se tiene en cuenta que la reparación civil y la pena a aplicar, compartirán el mismo presupuesto fáctico, y que la pretensión civil resulta siendo accesoria de la penal, con lo cual podría interpretarse que, en realidad, la relación de causalidad que se exige para los casos puramente civiles no es igual que la exigida para los casos en los que se analiza, a su vez, la realización de un delito, pues incluso actualmente muchos postulan la renuncia, en el ámbito del derecho penal económico sobretodo, al elemento de la causalidad. Quizá la solución se encamine por entender que si bien, en términos generales, la responsabilidad civil derivada del delito tiene su origen en la responsabilidad civil o derecho de daños, aquélla presenta algunas particularidades propias del ámbito en el que pretende ser aplicado.

d) Factores de atribución.

³⁶ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Op. Cit.*, pp. 76-77.

Comprobada la presencia de un hecho antijurídico, del daño causado y de la relación de causalidad, el último elemento que se requiere para afirmar la existencia de responsabilidad civil, es el factor de atribución. Los factores de atribución, también denominados *criterios de imputación de responsabilidad civil*, sirven para determinar cuándo un determinado daño antijurídico, cuyo nexo causal se encuentra comprobado, puede imputarse a una persona y, por tanto, obligar a ésta a indemnizar a la víctima. Estos factores se agrupan en dos sistemas. El sistema objetivo y el sistema subjetivo. Como consecuencia de estos sistemas, existen factores de atribución objetivos y subjetivos, respectivamente. Son factores de atribución subjetivos: el dolo y la culpa. Son factores de atribución objetivos: el riesgo o peligro creado, la garantía de reparación, la solidaridad y la equidad. A continuación analizaremos los factores de atribución aplicables a casos de responsabilidad civil extracontractual y, dentro de éstos, los que se encuentren directamente vinculados a la reparación civil *ex delicto*, a saber: el dolo, la culpa y la garantía de reparación³⁷.

En principio, si bien existen factores de atribución subjetivos y objetivos, como ya se mencionó, sólo los primeros serán de conocimiento en un proceso penal, esto por su vinculación con el delito y la proscripción de responsabilidad objetiva, recogida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal; por lo menos en cuanto se refiere a los responsables directos del hecho causante del daño y constitutivo de delito. Por otro lado, el único factor de atribución objetivo, que será de conocimiento en el proceso penal, es *la garantía de reparación*, aplicable para determinar responsabilidad del tercero civil.

El factor subjetivo de atribución se encuentra recogido en el artículo 1969° del Código Civil, el mismo que prescribe: "*Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo.(...)*". Como hemos visto en el transcurso del presente trabajo, este artículo constituye el género, que abarca todos los casos de responsabilidad extracontractual, tanto los constitutivos de delito como los que no lo son. Del mismo modo, en el ámbito penal se exige la presencia de dolo o culpa, dependiendo del delito, en la realización del tipo objetivo.

En Derecho civil el concepto de *culpa*, en sentido amplio, comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo³⁸. Sin embargo, en sentido restringido, culpa significa actuar

³⁷ A mayor amplitud, sobre los demás factores de atribución, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *Op. Cit.*, p. 150 y ss.

³⁸ Cfr. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Op. Cit.*, p. 86.

negligentemente, sin la diligencia debida. Por su parte el dolo se conceptúa como actuar “con ánimo deliberado de causar daño a la víctima”³⁹. Asimismo, desde una concepción más completa, se afirma que el dolo “siempre estará determinado por la conciencia –o conocimiento- y voluntad de ocasionar el daño, o lo que es lo mismo, realizar la conducta intencionalmente”⁴⁰.

Se ha discutido en la doctrina acerca de la diferencia entre dolo penal y dolo civil; más aún cuando en la actualidad crece la tendencia según la cual el dolo –penal- es un concepto normativo, cuyo contenido se colma sólo con el conocimiento del riesgo típico. Sobre el particular no vamos a entrar en detalle, por la finalidad del presente trabajo.

En la praxis jurisdiccional puede suceder que se archive definitivamente un proceso, pues la conducta denunciada penalmente, de acuerdo al tipo penal, requiere necesariamente ser dolosa. y en el transcurso del proceso se ha comprobado que sólo ha existido un actuar negligente; en este caso, sin embargo, la posible responsabilidad civil queda intacta, debiendo ser determinada en la vía civil.

En conclusión, para imponer reparación civil a *los responsables directos del hecho* se requiere de la presencia de dolo o culpa en sus conductas. De no presentarse estos factores de atribución subjetivos, quedarán liberados de responsabilidad civil. Al respecto, el artículo 1969º, antes citado, introduce el principio de *la inversión de la carga de la prueba*, cuando establece que “*el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor*”. Conforme apunta la doctrina, esta inversión de la carga probatoria tiene como finalidad “favorecer a las víctimas, por cuanto se les libera de la tarea de demostrar la culpabilidad del autor”⁴¹.

Situación distinta se presenta en el análisis del factor de atribución del tercero civilmente demandado, o simplemente tercero civil. Este sujeto procesal responde solidariamente con los responsables del hecho, de las consecuencias económicas del delito, sin haber participado en el mismo. Ante esta situación cabe preguntarse ¿Qué fundamenta la responsabilidad civil de una persona por el hecho de otra? La respuesta es la siguiente: el fundamento de la responsabilidad civil se encuentra en la propia ley, no en la participación directa en el hecho, ni por haber contribuido causalmente a su realización. Es decir, “se trata de atribuir responsabilidad a una tercera persona, por tener ésta, con la primera,

³⁹ *Ibidem.*, pp. 86-87.

⁴⁰ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *Op. Cit.*, pp. 148-149.

⁴¹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Op. Cit.*, pp. 87-88.

una vinculación especial, de índole de dependencia o por encontrarse bajo su cuidado. (...) Asimismo, esta vinculación también puede establecerse a través de un bien cuya titularidad no corresponde al que lo usa o pone en funcionamiento”⁴². Son ejemplos de terceros civilmente responsables: el empleador, el propietario de un vehículo, etc.

Este factor de atribución, como se ha mencionado, es objetivo y, por tanto, no requiere indagar por la culpa o el dolo del tercero, para poder atribuirle responsabilidad civil. En este sentido, en el proceso penal, en el supuesto de la responsabilidad civil de tercero, existen dos factores de atribución distintos: por un lado, el dolo o culpa del responsable del hecho (factor de atribución subjetivo) y, por el otro, la garantía de reparación del tercero (factor de atribución objetivo).

6. DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA REPARACIÓN CIVIL.

Si bien es cierto que al momento de fijarse el monto de la reparación civil, éste se traduce en una suma de dinero única, que abarca todo los daños efectivamente causados, es necesario que en la fundamentación de la sentencia —inexistente o sumamente escasa en este extremo⁴³— se indique los criterios utilizados para determinar los daños, así como se individualicen los mismos, debido a que los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales no se determinan de la misma forma.

Considerando lo antes expuesto, se analizará la determinación del monto de la reparación civil, por separado. Sin embargo, existen cuestiones comunes que deberán tenerse en consideración: la reparación civil se determina de acuerdo a la magnitud del daño causado y teniendo en cuenta el interés de la víctima. Nunca se determina el monto de la indemnización en atención a la gravedad del delito o la capacidad económica del agente⁴⁴. Retomando lo anotado anteriormente, se tiene:

- a) Para determinar el *quantum* de los daños patrimoniales, la doctrina es unánime en afirmar que la valuación económica de éstos se

⁴² GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *Op. Cit.*, p. 160.

⁴³ Las sentencias son sumamente deficientes en este extremo, por cuanto, en su motivación no se realiza una indicación adecuada de los elementos fácticos y jurídicos en los cuales se sustenta la reparación civil, limitando el derecho de defensa del agente del daño.

⁴⁴ En este sentido se ha pronunciado el Pleno Jurisdiccional realizado en 1999, en Iquitos. Así, el Acuerdo Plenario 5/99, establece: “Segundo: Por aclamación. El monto de la reparación civil debe determinarse en atención al daño económico, moral y personal, comprendiendo inclusive el lucro cesante. No procede reducir o elevar el monto correspondiente en atención a la gravedad del delito o la capacidad económica del agente”.

realiza en forma objetiva⁴⁵, mediante la pericia valorativa correspondiente. Es decir, para determinar el daño causado al patrimonio de la víctima no interesa el valor que le pueda asignar ésta a los bienes afectados, y menos aún el valor que posean estos bienes para el autor de la lesión, sino que lo realmente importante es el valor de los bienes para todas las personas en general⁴⁶. Claro está que esta pericia no obliga de ninguna manera al Juzgador, pero constituye una ilustración acerca de los daños efectivamente causados a la víctima. Los daños patrimoniales, por los cuales se reclama la indemnización correspondiente, tienen que ser alegados y probados, conforme a los principios propios de las acciones civiles⁴⁷. En este sentido, los daños patrimoniales no se presumen, y la determinación de su monto no se realiza en forma aproximada ni está sujeta a especulaciones; por el contrario, su determinación debe realizarse en forma precisa, considerando los daños efectivamente probados en el proceso.

- b) La determinación del monto de los daños extrapatrimoniales constituye definitivamente un problema mayúsculo. Para empezar, un sector de la doctrina ni siquiera acepta que el daño extrapatrimonial deba ser reparado mediante una suma de dinero. Al respecto se manifiestan frases como las siguientes: “lo extrapatrimonial es, por definición, algo no *medible* en dinero”, por tanto, “la reparación económica para un daño espiritual devalúa lo espiritual”. Así las cosas, se finaliza diciendo: “la indemnización por el daño a la persona se convierte así en el caramelo que se da al niño para que se olvide del dolor del golpe”⁴⁸. Por otro lado, otro sector, afirma que si bien es cierto el daño extrapatrimonial, por principio, no puede ser valorado económicamente, esto “no significa que ellos queden sin reparación. Sería absolutamente injusto”⁴⁹.

Al margen de la discusión sobre la legitimidad del resarcimiento del daño extrapatrimonial, lo cierto es que la prueba del mismo resulta sumamente difícil, cuando no controvertida. Sumado a este problema, encontramos la gran complicación para poder determinar el *quantum* de la reparación civil, una vez acreditado la existencia de daño moral o daño a la persona. ¿Cómo valuamos económicamente un daño que es inmaterial? Para responder a esta interrogante

⁴⁵ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *Op. Cit.*, p. 201; CASTILLO ALVA, José Luis, *Op. Cit.*, p. 144.

⁴⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *Op. Cit.*, p. 204.

⁴⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y TAMARIT SUMALLA, José María, *Op. Cit.*, p. 566.

⁴⁸ Ampliamente, DE TRAZEGNIES, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, t. II; Lima; 1990, pp. 110-111.

⁴⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, en: I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, Lima, 1994, p. 33.

debemos partir considerando la siguiente sentencia: es imposible determinar con exactitud la magnitud de un daño extrapatrimonial y, por tanto, establecer un monto preciso como indemnización económica.

Sin perjuicio de lo anotado, la doctrina considera que, dado la naturaleza del daño extrapatrimonial, éste debe ser determinado de acuerdo al libre criterio de los tribunales⁵⁰, atendiendo a la prudencia judicial⁵¹, y utilizando la equidad⁵², es decir, teniendo en cuenta la forma más justa aplicable al caso concreto.

7. MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

En el sistema adoptado por nuestro legislador, la reparación civil se determinará conjuntamente con la sentencia condenatoria –salvo las excepciones ya mencionadas en este trabajo-, y siempre que el delito haya causado un daño indemnizable y no se haya extinguido el derecho al resarcimiento del perjudicado por otro mecanismo, como la autocomposición (transacción, conciliación, etc.). A ello habría que añadir que, a nuestro juicio, tampoco se debería imponer reparación civil cuando el perjudicado no se ha constituido en actor civil, pues recayendo en él la titularidad del derecho resarcitorio, la persecución de la misma sólo es atribución de aquél.

Sin embargo, al margen de lo anotado, lo normal es que el momento de la determinación de la reparación civil sea con la sentencia, conforme lo estipula el artículo 92° del Código Penal. Pues bien, precisamente aquí surge uno de los mayores problemas del tema analizado, a saber: la ausencia de motivación de la sentencia, en el extremo de la reparación civil. Basta leer cualquier sentencia de nuestros tribunales para constatar la absoluta falta de preocupación por cumplir con esta exigencia constitucional. De la reparación civil sólo se menciona el monto a pagar, los obligados a hacerla y los beneficiados con la misma, pero nadie sabe cómo se determinó la cantidad a pagar, y qué clases de daños han sido comprendidos en la misma, menos todavía se hace referencia a los presupuestos de la responsabilidad civil. Por ello, creo que no es una afirmación alarmista aseverar que en nuestro país la gran mayoría de las sentencias –si es que no todas- adolecen de nulidad, por vulneración de dos derechos fundamentales: el derecho a la motivación de las sentencias y el derecho de defensa. Respecto a la exigencia de motivar las sentencias nuestro Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en el Exp. 8125-2005-PHC/TC, Caso Jeffrey Immelt, afirmando que

⁵⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y TAMARIT SUMALLA, José María, *Op. Cit.*, p. 566.

⁵¹ CASTILLO ALVA, José Luis, *Op. Cit.*, p. 151.

⁵² GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *Op. Cit.*, p. 204.

“la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa”.

De otro lado, pero estrechamente vinculado con el tema analizado, la carencia de motivación de las sentencias, en el extremo de la reparación civil, afecta también el derecho de defensa que asiste a todo procesado, pues si no se conoce los presupuestos sobre los que ha razonado el Juzgador -lo que conlleva, por ejemplo, al desconocimiento de los conceptos incorporados en el monto que le están obligando a pagar-, menos se puede realizar cuestionamiento alguno, situación que coloca en situación de indefensión al procesado.

8. ALTERNANCIA DE VÍAS PROCESALES

La naturaleza privada de la reparación civil también despliega sus efectos en el ámbito procesal. El hecho que la pretensión resarcitoria tenga carácter civil implica que ésta pueda tramitarse en la vía penal o en la civil, dependiendo de la voluntad del agraviado. Lo que no se permite es que se recurra a ambas vías en forma conjunta. El artículo 106° del Código Procesal Penal de 2004 regula esta situación, estableciendo que *“la constitución en actor civil impide que se presente demanda indemnizatoria en la vía extra-penal. El actor civil que se desiste como tal antes de la acusación fiscal no está impedido de ejercer la acción indemnizatoria en la otra vía”.* Esta disposición viene a llenar un vacío en la legislación anterior, donde no estaba definido este tema de manera expresa, por lo que el agraviado se constituía como actor civil en el proceso penal y, a la vez, presentaba su demanda indemnizatoria en la vía civil, ocasionando, en muchas ocasiones, la existencia de dos sentencias: una dictada en el ámbito penal y otra en el ámbito civil. Felizmente esta situación queda superada con la nueva regulación, por lo menos en los Distritos Judiciales donde el nuevo Código Procesal Penal ya se encuentra vigente.