



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América
Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

Naturaleza jurídica del ejercicio acumulado de la acción civil a la acción penal conforme al nuevo Código Procesal Penal Peruano

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Mg. Juan Rolando HURTADO POMA

ASESOR

Dr. Raúl Belealdo PARIONA ARANA

Lima, Perú

2022



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Hurtado, J. (2022). *Naturaleza jurídica del ejercicio acumulado de la acción civil a la acción penal conforme al nuevo Código Procesal Penal Peruano*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Juan Rolando Hurtado Poma
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	21082204
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Raúl Belealdo Pariona Arana
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	20060770
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0001-8273-3627
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	José Félix Palomino Manchego
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06756703
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Silfredo Jorge Hugo Vizcardo
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08377880
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Yasmina Beatriz Riega Virú
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	10475534
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Marcial Eloy Paucar Chappa
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	41318295
Datos de investigación	
Línea de investigación	No aplica
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	Universidad Nacional Mayor de San Marcos País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Lima
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2017 - 2021
URL de disciplinas OCDE	Derecho Penal http://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, a los dos días del mes de agosto del año dos mil veintidós, siendo las diecisiete horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego, con la asistencia de los Profesores: Dr. Silfredo Jorge Hugo Vizcardo, Dr. Raúl Belealdo Pariona Arana, Dra. Yasmina Beatriz Riega Virú, Dr. Marcial Eloy Paucar Chappa, y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Juan Rolando HURTADO POMA**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“NATURALEZA JURÍDICA DEL EJERCICIO ACUMULADO DE LA ACCIÓN CIVIL A LA ACCIÓN PENAL CONFORME AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con calificación de excelente con nota de diecinueve (19)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al **Mg. Juan Rolando HURTADO POMA**.

Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las diecinueve horas con cinco minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación virtual.

Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Presidente
Profesor Principal

Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO
Jurado Informante
Profesor Principal

Dr. Raúl Belealdo PARIONA ARANA
Aseor
Profesor Asociado

Dra. Yasmina Beatriz RIEGA VIRÚ
Miembro
Profesora Contratada

Dr. Marcial Eloy PAUCAR CHAPPA
Jurado Informante
Profesor Contratado

A Dios por haberme hecho tan feliz al ser Abogado, a mi esposa y amor de mi vida Felicita, compañera de siempre y a mis hijos por tolerarme en dedicarme más a la Justicia y el Derecho que a ellos, perdónenme.

A mis queridos maestros y Universidades que me cobijaron, a la Pontificia Universidad Católica del Perú donde estudié pregrado y a la Universidad Nacional Mayor de "San Marcos" por formarme en el posgrado; gracias por sus enseñanzas, que iluminan mi vida permanente.

**"NATURALEZA JURÍDICA DEL EJERCICIO ACUMULADO DE
LA ACCIÓN CIVIL A LA ACCIÓN PENAL CONFORME AL
NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO"**

¿Cuál es la interpretación adecuada y el alcance de la acumulación de la acción civil a la acción penal, con arreglo al artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal Peruano?

Summary

This thesis deals with a topic of criminal procedural law. Referred to the legal nature of the accumulated exercise of civil action to criminal action under the new Peruvian criminal procedure code. In this sense, I will answer what is the proper interpretation and scope of article twelve, third numeral of the Peruvian criminal procedure. For such case I analyze historical, normative, jurisprudential aspects and get to propose a appropriate interpretation and moose of the emerging civil responsibility of a fact with criminal appearance.

INDICE DE LA TESIS

I. Planteamiento del Problema	9
1.1 Situación Problemática.....	9
1.2 Formulación del Problema.....	11
1.3 Justificación de la Investigación.....	12
1.4 Objetivos de la Investigación.....	15
1.5 Delimitación.....	16
1.6 Marco teórico de las instituciones comprometidas.....	17
II. Estado de la Cuestión - Marco Teórico	19
2.1 Antecedentes del Problema – Introducción -.....	19
2.2 Estado de la Cuestión - Evolución de la acción civil.....	22
2.2.1 El Código Civil Peruano de 1852.....	23
2.2.2 El Código Penal Peruano de 1863.....	25
2.2.3 El Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863...26	26
2.2.4 El Código de Procedimientos-Materia Criminal de 1920.....	27
2.2.5 El Código Penal Peruano de 1924.....	31
2.2.6 El Código Civil Peruano de 1936.....	34
2.2.7 El Código de Procedimientos Penales de 1940.....	36
2.2.8 El Código Civil Peruano de 1984.....	39
2.2.9 El Código Penal Peruano de 1991.....	41
2.2.10 El Código Procesal Penal (D. Lg. No 638 de 1991).....	45
2.2.11 El Código Procesal Penal (D. Lg. No 957 del año 2004)...47	47
III. El ejercicio acumulado de la acción civil a la acción penal en el Derecho Comparado	53
3.1 En España.....	53
3.2 En Italia.....	54
3.3 En Colombia.....	55
3.4 En Brasil.....	56
3.5 En Uruguay.....	57
3.6 En Costa Rica.....	58
3.7 En Chile.....	59

3.8 En Venezuela.....	61
3.9 En Bolivia.....	61
3.10 En Argentina.....	64
3.11 En República Dominicana.....	64
3.12 En República del Salvador.....	65
3.13 En el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica.....	66
IV. Naturaleza jurídica del ejercicio acumulado de la acción civil a la acción penal. Presupuestos. Postura Personal	
4.1 De la acción heterogénea de Acciones (Sistema Trialista).....	68
4.2 De la “ <i>competencia secundum eventum litis</i> ”.....	84
4.3 De la Accesoriedad de la Acción Civil.....	88
4.4 De la “ <i>contingencia</i> ” de la Acción Civil.....	90
4.5 De la modificación de normas competenciales.....	98
4.6 Del efecto “consuntivo” de la acción civil.....	107
4.7 Del fundamento de la acumulación de acciones en el proceso...113	
4.8 De la acumulación de acciones como derecho del agraviado.....118	
4.9 De la intervención limitada del Ministerio Público.....	122
4.10 De la interpretación adecuada del artículo 12, 3° del NCPP.....126	
V. Aportes de la tesis doctoral	136
5.1 A la Doctrina: Del nombre adecuado.....	136
5.2 A la Teoría: De los presupuestos para su aplicación.....	140
5.2.1 Presencia de “ <i>un mismo hecho histórico</i> ”.....	140
5.2.2 Competencia “ <i>secundum eventum litis</i> ”: los daños derivados...145	
5.3 A la Jurisprudencia: Interpretación de datos observados.....	150
5.3.1 El art. 12, 3° del NCPP al VCPP.....	150
5.3.2 El art. 12, 3° del NCPP al delito de robo agravado.....	157
5.3.3 El art. 12, 3° del NCPP al delito de abuso de autoridad.....	167
5.3.4 El artículo 12, 3° del NCPP al delito de homicidio culposo.....	172
5.3.5 El art. 12, 3° del NCPP al delito de usurpación y daños.....	178
5.3.6 El art. 12, 3° del NCPP al delito de defraudación-estelionato....188	
5.3.7 El art. 12, 3° del NCPP al delito de difamación agravada.....	190
5.3.8 El art. 12, 3° del NCPP en el delito contra el pudor sexual.....	191
5.3.9 El art. 12, 3° del NCPP al delito contra los bienes culturales.....	196
5.4 Aportes a la Legislación.....	198

VI. Conclusiones.....	204
VII. Recomendaciones.....	205
VIII. Referencias Bibliográficas.....	206
IX. Anexos - Jurisprudencia Analizada.....	212
X. Matriz de consistencia.....	217

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Situación Problemática

Desde la vigencia del Código de Procedimiento en Materia Criminal de 1920, cuando se producía un delito, existía, lo que se ha denominado responsabilidad civil “*ex delicto*”, esto es, que si el procesado es sentenciado, se le imponía la pena y la reparación civil, y si el procesado era declarado absuelto de los cargos contenidos en la acusación, era evidente que no se podía condenar por las resultas del daño civil, y si había alguna consecuencia derivada de ese obrar delictivo, el Poder Judicial desde los años ya mencionados hasta el 1 de julio del año 2006, fecha en que ingresó el nuevo Código Procesal Penal, no se pronunció, a favor de la víctima, cuando ésta había recibido una sentencia absolutoria en su contra; a pesar que era evidente que solo se había pronunciado sobre la acción penal, la acción civil quedaba incontestada. A partir del nuevo modelo, adoptado por el Código Procesal Penal del año 2004, a generado un cambio muy importante y en ello radica la importancia de mi investigación, pues se prevé por ley expresa, que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al juzgador pronunciarse sobre la acción civil, derivada del hecho punible, válidamente ejercida, cuando corresponda; entonces, se pasó de la responsabilidad civil “*ex delicto*” a la responsabilidad civil “*ex damno*”; entonces la víctima no fue

resarcida adecuadamente, durante toda la vigencia del Código de Procedimientos Penales – y todavía hay casos que recién se están agotando con éste código, en especial en el distrito judicial de Lima¹ –; entonces ésta situación problemática nos lleva a pensar, cuál sería la aplicación adecuada del artículo 12, ordinal 3° del Código Procesal Penal, que permite resarcir y fijar una indemnización en favor de la víctima, aun en el caso, en qué la sentencia o el auto de sobreseimiento eliminó la acción penal; una utilización incorrecta de la institución, solo puede causar un daño irreparable en el sentimiento del justiciable (agraviado o imputado); por eso debemos tener una visión de interés y vital importancia de cuál es, la naturaleza jurídica de las instituciones comprometidas con tal institución, sus alcances, sus bondades y defectos; solo así podemos estar seguros que lograremos aportar a una aplicación correcta y generalizada o dar las pautas que se pueden dar para lograr una mejor aplicación; por consiguiente me avocaré a realizar una tesis jurídica en el ámbito de una investigación Descriptiva² de la institución, que tiene que ver con el ejercicio acumulado de la acción civil a la acción penal y que generan resoluciones judiciales que contienen “*decisiones jurisdiccionales mixtas*” – *sentencias y autos de sobreseimiento*-, son resoluciones mixtas, porque en un extremo absuelven al procesado que fue acusado por determinado delito y a determinada pena y sin embargo, impone el pago de una reparación civil en esa misma resolución, ésta novedad y problema, se nos presenta en nuestro sistema procesal penal peruano, y será analizada en principio por la primera fuente del derecho, como es la ley, luego a los principios generales del derecho, luego la doctrina, y finalmente a la jurisprudencia; asimismo recurriré al Derecho Comparado para comprender cabalmente la descripción de la institución bajo investigación.

¹ He indagado cual es la carga procesal pendiente, con arreglo al Código Procedimientos Penales del año 1940, y no he obtenido una respuesta concreta, los estamentos de control de productividad del Poder Judicial, desconocen a ciencia cierta de, cuál es la carga pendiente.

² Deobold B. Van Dalen y William J. Meyer. En “*Estrategia de la investigación descriptiva*”. De: Manual de Técnica de la Investigación. “*Los autores sostienen que la Investigación Descriptiva: comprende la descripción, registro, análisis e interpretación de la naturaleza actual, y la composición o procesos de los fenómenos. El enfoque se hace sobre conclusiones dominantes o sobre como una persona, grupo o cosa se conduce o funciona en el presente. La investigación descriptiva trabaja sobre realidades de hechos, y su característica fundamental es la de presentarnos una interpretación correcta*”. En igual sentido se pronuncia Roberto Hernández en “Metodología de la investigación”.

Preguntas³ de investigación .- Si estamos tratando de explicar cuál es la naturaleza jurídica de la acción civil en el proceso penal, es necesario una pregunta de introducción y debe ser: **a)** ¿Cuál ha sido la evolución histórica de la acción civil, en el proceso penal peruano?; luego de la evolución histórica de la institución en el país, y los sistemas adoptados en los países vecinos, preguntarnos; **b)** ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la acumulación de la acción civil a la acción penal, en el proceso penal peruano? debemos conocer fundamentalmente, que sub instituciones se encuentran comprometidas en dicho tema todo ello nos debe llevar a un derrotero en ésta investigación y la pregunta principal de mi investigación es: **c)** ¿Cuál debe ser la interpretación adecuada de la acumulación de la acción civil a la acción penal (**variable independiente**) dentro de los alcances del artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal Peruano del año 2004 que nos permite explicar, que pese a que se ha absuelto del delito o se ha sobreseído el caso en su extremo penal, terminan disponiendo el pago de la reparación civil en favor de la víctima (**variable dependiente**), con un nuevo enfoque de la victimología⁴; entonces, para lograr una cabal aplicación de la responsabilidad civil “*ex damno*” es válido preguntarse finalmente: **d)** ¿Qué se puede proponer bajo “*lege ferenda*” para la aplicación de la acumulación de la acción civil a la acción penal (dentro de un sistema de la **competencia “secundum eventum litis”**), con arreglo a los alcances del artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal Peruano del año 2004?.

1.2 Formulación del Problema

³ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Robert. Como autorizada doctrina considera que para definir los objetivos debe plantearse una o varias preguntas, el problema que se estudiará, la preguntas constituyen más bien ideas iniciales que es necesario refinar y precisar para que guíen el contenido de un estudio. y otros. “Metodología de la investigación”. Tercera Edición. México. 2003, p. 45.

⁴ TUMARIT SUMALLA, Josep. Nos dice que la Victimología es reciente: “*El neologismo victimológico deriva del término inglés “Victimology” cuya aparición se remonta a los años cuarenta del pasado siglo. Desde sus orígenes la victimología es concebida como la disciplina que se ocupa del estudio científico de la víctima*” (sic). En: “Victimología, Justicia Penal y Justicia Restauradora”. Editorial Grupo Ibáñez. Bogotá 2006, p. 32.

De las cuatro preguntas de investigación propuestas, podemos formular los siguientes **problemas secundarios**: **a)** Describir y explicar la evolución histórica de la acción civil en el sistema penal sobre la reparación civil y el derecho comparado, lo que implica recolección de datos en la investigación; esto nos permitirá explicar y resolver otro problema: **b)** comprender y conocer la naturaleza jurídica de la acumulación de la acción civil a la acción penal en el proceso penal peruano, lo que implica buscar que sub instituciones están vinculadas a dicho tema; sin embargo los **problemas principales son**: **c)** Establecer las pautas para una interpretación adecuada de la acumulación de la acción civil a la acción penal en el proceso penal (**variable independiente**) y sobre cuáles son los alcances del artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal Peruano que pese a que se ha absuelto del delito o se ha sobreseído el caso en su extremo penal, terminan disponiendo el pago de la reparación civil en favor de la víctima (**variable dependiente**); empero aquellos problemas planteados suponen finalmente trazar propuestas de solución; y **d)** Plantear bajo “*lege ferenda*” normas adicionales, para una adecuada aplicación de la acumulación de la acción civil a la acción penal en el proceso penal sin desnaturalizar los alcances del artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal Peruano (la competencia “*secundum eventum litis*”); con lo cual, se habrá logrado el fin de ésta investigación, que obviamente solo es el inicio de un debate mucho más rico por las instituciones que se hayan comprometidas en el devenir diario de su aplicación en los casos en concreto.

1.3 Justificación⁵ de la Investigación

⁵ DEOBOLD B. VAN Dalen y William J. Meyer. En “Estrategia de la investigación descriptiva”. De: Manual de Técnica de la Investigación. “**El objetivo de la investigación descriptiva consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Su meta no se limita a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables. Los investigadores no son meros tabuladores, sino que recogen los datos sobre la base de una hipótesis o teoría, exponen y resumen la información de manera cuidadosa y luego analizan minuciosamente los resultados, a fin de extraer generalizaciones significativas que contribuyan al conocimiento.**”

La justificación, tiene que ver, con el impacto y el valor de la presente investigación, si bien desde la vigencia del nuevo Código Procesal Penal Peruano del día 1 de Julio del año 2006, en el Distrito Judicial de Huaura, y luego en todos los distritos judiciales del país, el artículo 12 ordinal 3°, permite al Juez, en determinadas circunstancias, indemnizar a la víctima (**variable dependiente**), quien debe encontrarse debidamente legitimada; la investigación se justifica, porque nos permitirá acercarnos más certeramente, cuál ha sido la evolución histórica y a través de ello, identificar cuáles son las variables que se manejan en dicha institución, como operan y se relacionan entre ellas, para llegar a la decisión de indemnizar a la víctima por la acción civil, pese a que la acción penal quedó clausurada; labor que se torna más dificultosa, cuando apreciamos que no existe antecedente legislativo directo o fuente parecida al artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal patrio. Esta forma en hacer Justicia, es un enfoque novedoso por lo menos en Perú – no así en otros países como veremos –, pues la víctima se verá resarcida por los daños derivados por el delito, pese a que su oponente no responde penalmente frente al Estado al no tener castigo; esto es totalmente nuevo y no hemos tenido antecedente siquiera parecido como se ha sostenido; eso se puede apreciar en la evolución histórica en nuestra república, como se verá.

Pero, lo novedoso, y forma parte de ésta investigación, es determinar cabalmente las variables, que generan lo que llamo “*resoluciones jurisdiccionales mixtas*” pues de un lado absuelve – o sobresee – y de otro lado condena en el mismo caso y aparentemente por los mismos hechos; eso corresponde al ejercicio alternativo de la acción penal?; eso corresponde al ejercicio accesorio de la acción penal?; o eso corresponde a una acumulación heterogénea de acciones?; eso tiene que ver con el principio de “*competencia secundum eventum litis*” (**variable independiente ordinal**)? o esto corresponde a una nueva forma para encarar el resarcimiento a la víctima bajo un sistema novedoso de justicia restaurativa⁶ u otro similar o semejante; esas son las variables que describo en la presente investigación y es lo que justifica:

⁶ TUMARIT SUMALLA, Josep. Señala que la Justicia Restaurativa, tiene su evolución propia nacida del reconocimiento de los derechos de las víctimas y que ha tenido su comprobación internacional, el punto de partida ha sido la Declaración de los Derechos de las Víctimas del Delito y del abuso de poder aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985. En: *Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora*; Bogotá 2006, p. 66/67.

describir, fijar, delimitar y proyecciones, cada una de las variables del artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal nuevo; eso es el aporte que pretendo y que justifica la investigación para lograr un adecuado resarcimiento a la víctima cuando corresponda, sin afectar las garantías judiciales de los procesados. Si por justificación de una investigación se entiende la importancia y trascendencia de la misma en el sistema de administración de justicia; la mía, es buscar, la interpretación razonable de la norma en comento, de modo tal que no se llegue a la injusticia por denegar a las víctimas lo que les corresponda; por eso, Ángel Osorio y Gallardo decía a sus alumnos: “*Se puede vivir sin belleza, sin riquezas, y hasta sin salud. Se vive mal, pero se vive, mientras que sin Justicia, no se puede vivir*”; por ello, cuando aprecio, una falta de pronunciamiento sobre la reparación civil en muchos casos, considero que los Jueces no están entendiendo cabalmente los alcances de ésta institución; pero tampoco se trata de una aplicación irrestricta y sin limitaciones legales, pues ello, puede generar una inseguridad jurídica y un “*decisionismo*”⁷ judicial peligroso; en cuanto a lo primero, se requiere jueces que con éstos nuevos instrumentos hagan justicia a la víctima, teniendo mejores destrezas; y segundo, que los inculpados deberían responder de esas consecuencias, no menos, ni más allá tampoco, porque sería un exceso justicialista; entonces, mi investigación es ambiciosa, se justifica y es importante en la medida que la institución al final de la sustentación, debe quedar mejor delimitada en sus ámbitos de aplicación. Pues, mi postura final, es que la institución en investigación, carece de mayores normas que la hagan más entendible, por lo que bajo “*lege ferenda*”, trataré de proponer normas que podrían mejorar su aplicación. Por ello, hasta la fecha no existe jurisprudencias o doctrinas nacionales más consistentes en una cabal explicación, los indicadores con que contamos (sentencias y autos de diversas instancias y distritos judiciales), como el Acuerdo Plenario 4 - 2019 (del 10 de setiembre del año 2019 de la Corte Suprema – de reciente data, nuestra investigación es muy anterior a ella, pero no la anula, como se verá

⁷ FERRAJOLI Luigi. En: “Derecho y Razón”. Editorial Trotta. 1999. Valladolid. Por “*decisionismo*”, Ferrajoli, que nos dice que, son las decisiones potestativas, no realizado mediante reglas de juego – como la carga de la prueba y el derecho de defensa – que garanticen la “verdad procesal”, sino confiado a la sabiduría de los jueces y a la “verdad sustancial” que ellos poseen. P. 43.

posteriormente - se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de dicha norma – aunque en forma incompleta-, pero no describe sus alcances; y aun cuando aquellos existieran, la institución expuesta a la realidad, tendrá su desarrollo en ámbitos todavía no investigados; por lo demás no existe un estudio serio, acabado y correcto de la institución en nuestro país; se abre las posibilidades de evolución de la institución; eso justifica mi investigación y que un tratamiento orgánico y sereno que en nuestra Sociedad, no existe.

1.4 Objetivos⁸ de la Investigación

Son de dos tipos:

1.4.1 Objetivo general: El objetivo es describir y explicar cuál ha sido la evolución histórica en nuestro país y en el derecho comparado, de la indemnización y la reparación civil (**variable dependiente**) a favor de la víctima, en el sistema normativo y a partir de ello, comprender la naturaleza jurídica de la institución denominada “*resoluciones jurisdiccionales mixtas*” o también llamada tradicionalmente responsabilidad civil “*ex delicto*” (**variable independiente - ordinal**), desde la realidad, en sus puntos de vista teórico – práctico; pero sobre todo conocer cuáles son sus alcances, y si se puede aplicar en todos los delitos o debe existir un catálogo a los cuales queda restringido la institución. Luego analizar cómo se ha venido aplicando la institución de las decisiones jurisdiccionales mixtas a partir del artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal Peruano, qué consagra la institución sobre la responsabilidad civil “*ex damno*” (variable independiente - ordinal) desde que entró en vigencia en el distrito judicial de Huaura, entre los años 2006 al año 2019, y a nivel nacional, en concreto hasta la actualidad.

⁸ HERNANDEZ SANPIERI, ob. cit. p. 44, dice: “El objetivo es lo que pretende la investigación, hay investigaciones que pretenden resolver un problema en especial – éste es mi objetivo -, también existen estudios que como resultado final pretenden generar un planteamiento del problema o inducir el conocimiento (en especial los cualitativos); los objetivos tienen que expresarse con claridad para evitar posibles desviaciones en el proceso de investigación y esos objetivos deben ser congruentes”.

1.4.2 Objetivo específico: El objetivo que pretendo, es lograr que se interprete adecuadamente "las decisiones jurisdiccionales mixtas" o también denominado "*competencia secundum eventum litis*" (**variable independiente**) del nuevo modelo procesal penal peruano y proponer normas que permitan una aplicación adecuada del artículo 12, ordinal 3ro del Código Procesal Penal

Conocer ¿cuáles son las variables que debe manejar un Juez?, quien luego de emitir una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, en los cuales declara la no responsabilidad penal del procesado, pero termina en ocasiones, fijando y ordena la restitución del bien o el pago de la reparación civil (**variable dependiente**) por el procesado a quien favoreció con la absolución o el sobreseimiento; es mi objetivo en la presente investigación, interpretar adecuadamente la institución que yo lo conozco como una "decisión jurisdiccional mixta". Estos objetivos me inspiran, en función a que en mi condición de ex fiscal provincial en Huaura y hoy como Juez Superior en el sistema de administración de justicia del distrito judicial de Lima Nor Oeste, me interesa conocer y dar a conocer los logros de esta investigación, con el propósito de entender cabalmente a las instituciones para su utilización adecuada en nuestro país y resolver problemas presentes y futuros para lograr una adecuada Administración de Justicia⁹.

1.5 Delimitación de la Investigación

Se entiende que, "*delimitar el tema*", es ver la viabilidad para su desarrollo, encontrando su validez, grado de confianza en mérito a las muestras e indicadores utilizados; cuando no limitados en su espacio-tiempo.¹⁰

⁹ DEOBOLD B. VAN Dalen y William J. Meyer. En "*Estrategia de la investigación descriptiva*". De: Manual de Técnica de la Investigación. "**El objetivo** de la investigación es el enunciado claro y preciso de las metas que se persiguen. El objetivo del investigador es llegar a tomar decisiones y a una teoría que le permita generalizar y resolver en la misma forma problemas semejantes en el futuro. Los métodos que se elijan deben ser los más apropiados para el logro de los objetivos. Todo trabajo de investigación es evaluado por el logro de los objetivos mediante un proceso sistemático, los cuales deben haber sido previamente señalados y seleccionados al comienzo de la investigación."

¹⁰ DEOBOLD B. VAN Dalen y William J. Meyer. En "*Estrategia de la investigación descriptiva*". De: Manual de Técnica de la Investigación. "**Al delimitar**, se aclara si el tema de investigación será de tipo exploratoria, **descriptivo** o experimental. La aclaración sobre el tipo de estudio permite tener una visión general sobre la validez y el grado de confianza que puede tener como resultado. Esto supone determinar el alcance y los límites del tema."

El tipo de investigación que me convoca, es una investigación descriptiva y dogmática; incluye el estudio de casos, exteriorizados en las DECISIONES JURISDICCIONES contenidas en las sentencias y autos de sobreseimiento del Código de Procedimientos Penales y del nuevo Código Procesal Penal peruano, comparando su aplicación a la institución de la responsabilidad civil “*ex delicto*” y responsabilidad civil “*ex damno*”, hoy tal como se empieza a conocer a la institución.

Su ámbito espacial, corresponde al distrito judicial de Huaura (lo que no me impedirá también analizar, con el afán integrador, la jurisprudencia de todo nuestro país: Perú), y por tanto el espacio es todo el distrito judicial pionero en la aplicación del nuevo modelo, sin perjuicio de abarcar otros distritos judiciales, así la investigación comprende el modelo procesal penal actual y el contenido en el código de procedimientos penales que falta agotar.

El ámbito temporal corresponde desde el año **2006 al año 2019**; y podrán comentarse a todos los delitos, en los cuales se haya dictado este tipo de decisión jurisdiccional, con arreglo al nuevo Código Procesal Penal, por cierto, también se tendrá que analizar la jurisprudencia del más alto tribunal, y con fechas más recientes para enriquecer la investigación.

1.6 Marco teórico de las instituciones comprometidas:

En la investigación que me he propuesto, implica que tengo que recabar un Marco Teórico mínimo de las instituciones que se encuentran comprometidas en nuestra tesis; indudablemente, ello implica en principio determinar un concepto genérico, pero actualizado de la institución; luego debo trazar como fue su evolución histórica-teórica en nuestro país, la legislación comparada, seguidamente fijar posiciones doctrinarias y teóricas, apreciar la legislación interna; y finalmente apreciar cómo se está retroalimentando la jurisprudencia nacional acorde a los cambios internacionales; eso me ayudara a describirlas adecuadamente y apreciar si en efecto se viene interpretando y aplicando

correctamente en la práctica por nuestros tribunales; las instituciones que deben ser materia de análisis son:

- Evolución histórica del resarcimiento e indemnización o devolución del bien, a la víctima en el sistema jurídico peruano. La indemnización a la víctima del delito en el sistema del derecho comparado.
- Naturaleza jurídica de *“las decisiones jurisdiccionales mixtas (sentencias y autos de sobreseimiento)”*. Sus presupuestos materiales. Postura personal.
- Interpretación adecuada y alcances del artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal Peruano del año 2004
- Aportes a la doctrina, la legislación y la jurisprudencia nacional.
- Conclusiones; y
- Recomendaciones

(Esta tesis se encuentra conforme con las Directivas para el procedimiento de la elaboración de la Tesis para la obtención del Grado de Doctor con arreglo a la Resolución Directoral 080.EPG.2010, el presente proyecto de la tesis se inscribió el día 27 de octubre del **año 2017** y luego del informe favorable del señor asesor Dr. Raúl Pariona Arana se aprobó e inscribió el Proyecto de Tesis el día 25 de abril del **año 2018** con arreglo al Dictamen N°108-PT-UPG/FD-2018; por tanto la tesis se ha elaborado con la directiva arriba señalada).

CAPÍTULO II

ESTADO DE LA CUESTIÓN - MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes del Problema y trabajos sobre la institución¹¹

Sobre la naturaleza jurídica del ejercicio acumulado de la acción civil a la acción penal, según el Código Penal de 1924, el Código Penal de 1991 y del Código de Procedimientos Penales de 1940, ha sido tratado en forma muy escueta; situación distinta con arreglo al nuevo Código Procesal Penal Peruano; pues el tema ha sido asumido, como la famosa responsabilidad civil “*ex delicto*”, como se verá a continuación de algunas obras y posturas.

Una de las obras que ha tratado el tema ya mencionado, lo es la obra del maestro Domingo García Rada y su obra Manual de Derecho Procesal Penal, en su sexta edición (1980)¹², éxito indiscutible que plantea seriamente el tema sobre la acción civil en sede penal, el enseñaba, sobre la acción civil “*ex delicto*”; en conclusión, su voz autorizada sostuvo, que si el delito se extinguía por cualquier causa, no es posible atender a la acción civil, por lo que tendría que irse a sede civil a reclamar – criterios que se irán desarrollando en la tesis por cada uno de los autores más relevantes, que citamos-; el profesor Raúl Peña Cabrera, también en su obra Tratado de Derecho Penal, desde su

¹¹ Directiva sobre los Lineamientos Metodológicos para la elaboración de la Tesis para la obtención del grado de Magister y Doctor en Derecho de la UNMSM, son Trabajos de investigación que han abordado la misma problemática. Se deben señalar los datos bibliográficos del trabajo, el objeto o problema general, los instrumentos de recolección de datos utilizados y la conclusión general.

¹² GARCÍA RADA, Domingo. “Manual de Derecho Procesal Penal”. sexta edición. Lima 1980. tipografía Sesator. p. 85, 86, 88 y 89.

primera hasta su tercera edición (1997), también asume el tema y con nombre propio como “*ex delicto*” y señala que toda persona responsable de delito lo es también civilmente¹³, no aportando mayores luces a la institución; el maestro Luís Bramont Arias, también en su Código Penal anotado (1995) dice que la naturaleza de la responsabilidad civil es discutible, es *sui generis*, pero obedece a carácter civil y privado, cuando hay atipicidad no se debe resarcir, pero en el resto de causas como inimputabilidad, o eximentes o excusas absolutorias, la responsabilidad persiste, pero debe recurrirse a sede civil¹⁴; a nivel nuevamente procesal, el profesor César San Martín, en su obra “Derecho Procesal Penal” indica que la acción civil “*ex delicto*” (1999), es fuente de obligaciones civiles si lesiona derechos subjetivos o privados y en la medida que produzca daño¹⁵, pero no se imagina de resarcir los daños en el supuesto que el delito se extinga, como meridianamente lo plantea Domingo García y Bramont Arias, aunque se tendría que ir a sede civil; por su parte Luis Bramont Arias Torres (2002) tiene el mérito de ir exigiendo que si bien hay dos responsabilidades emergentes del delito, delictual y penal, hay dos valoraciones distintas y entre ellas solo existirá un vínculo de conexión, no se confunden¹⁶; también la abogada Susana Vásquez Perales (2003), sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil “*ex delicto*” sostiene, que la reparación civil es una sanción y que tiene un carácter coactivo que ayuda a compensar a la persona que ha sufrido el daño¹⁷; el abogado Alfonso Peña Cabrera Freyre (2007) igualmente, sostiene que en la antigua legislación la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento ya no generaba obligación de pronunciarse sobre la reparación civil, pero es consciente de que debe dictarse bajo “*lege ferenda*” normas que precisen la institución¹⁸; también el ex Fiscal Supremo Tomás Gálvez Villegas (2008) tiene una excelente tesis doctoral donde asume el tema de la responsabilidad civil en el delito, pero

¹³ PEÑA CABRERA, Raúl. “Tratado de Derecho Penal”. Lima. 1997, p. 692.

¹⁴ BRAMONT ARIAS, Luis. “*Código Penal*” Comentado. Lima 1995. Edición San Marcos. p. 295. Analizando la conexión entre la acción penal y la civil, p. 296.

¹⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Editorial Grijley. Lima 1999. p. 237/238.

¹⁶ BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. “*Manual de Derecho Penal*”. Lima 2002. Segunda Edición, Editorial EDDILI. p. 498.

¹⁷ VISTA FISCAL. Revista Jurídica del Ministerio Público del distrito Judicial del Cono Norte de Lima. Noviembre 2003. P.126

¹⁸ PEÑA CABRERA, Alfonso Raúl. “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. Lima 2007, Editorial Rhodas, p. 258/259.

mantiene la postura respecto a la responsabilidad penal y civil proveniente de delito¹⁹; Gerson Camarena Aliaga (2013), señala que la responsabilidad civil “*ex delicto*” se encuentra regulado en el Código Penal y la ley de enjuiciamiento criminal de España, dice, lo que sustenta a dicha acción es el daño, que no se identifica con el delito, por eso a pesar de la absolución o sobreseimiento de la acción penal el juez penal deberá fijar el pago de la reparación civil, por tanto, al no tener fundamento en sede penal la institución, aboga por la supresión de dicha institución al carecer de sustento jurídico y propone que se suprima del código penal y pase a la ley de procedimientos ya señalado, finalmente será el agraviado quien elija la vía civil o penal²⁰; el maestro César San Martín Castro (2015) en su libro Derecho Procesal Penal Lecciones, de lo que ya suscribió, agrega que el daño es fundamental en el artículo 12, 3 del NCPP y este no se puede identificar con el delito, de modo tal que la acción civil de la penal son independientes, y que la responsabilidad no tiene su origen en la comisión del hecho delictivo, no hay dos tipos de responsabilidades, por el hecho de que una de ellas dimane de un ilícito civil sin repercusión penal, y la otra sea calificada de un hecho calificado como delito, la responsabilidad civil, nunca tiene su origen en la comisión de un hecho ilícito su origen está en el daño civil (siguiendo la postura de Asencio Mellado) por ello la acción civil no está supeditado al resultado de la sentencia condenatoria, en tal sentido el NCPP decidió romper en forma definitiva con una accesoriedad mal comprendida y sigue llamando a esta responsabilidad civil “*ex delicto*”, aunque preferiría llamarla “*ex damno*” en alusión al daño²¹. Finalmente el Acuerdo Plenario N°4 – 2019 (2019) también ha sostenido, siguiendo las premisas propuestas por el maestro César San Martín Castro, se ha planteado a sostener que la acción civil “*ex delicto*” es ejercitada dentro del proceso penal, procurando una reparación del daño causado por la comisión del delito (fundamento 25), el fundamento de la reparación es el daño por el ilícito penal, que no tiene que ver nada con la tipicidad, de lo penal y la

¹⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomas. “Responsabilidad Civil Extracontractual y Delito”. Tesis Doctoral de la UNMSM Lima 2008.

²⁰ CAMARENA ALIAGA Gerson W. en su artículo “*Responsabilidad Civil “Ex Delicto”*: Análisis desde la perspectiva procesal y consecuencias”. Alerta Informativa Anuario 2013. Estudio Loza Avalos. Lima. Imprenta Grafic. Lima 2013. P. 271/283.

²¹ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Lima, noviembre 2015, p. 266/271.

acción penal y la civil gozan de autonomía (fundamento 26), como se trata de una institución privada, necesita de una rogación o sea, es a pedido de parte (fundamento 28), por lo que la tutela judicial del que goza la víctima, debe ser respetada, como en el sistema francés (fundamento 29), y el principal fundamento, es que no es obstáculo a todos estos efectos, que no existan reglas más precisas en el NCPP, pues este unido al Código Penal incorporó dos directivas i) la autonomía de la acción civil frente a la penal y, ii) la necesidad de pronunciamiento expreso sobre la materia (fundamento 39) por tanto, no se requiere de mayores interpretaciones, y obviamente de un catálogo expreso como venimos proponiendo al final de la tesis; estas y otras fuentes se irán nombrando en el devenir del desarrollo de nuestra tesis descriptiva.

2.2 Estado de la Cuestión - Evolución de la acción civil ²²

La primera pregunta que he asumido en mi Tesis, es responder a la pregunta: ¿Cuál ha sido la evolución histórica sobre el tema de la acumulación de la acción civil a la acción penal en el proceso penal, en el sistema del derecho comparado y en el sistema penal peruano?; la confusión historia en ésta acumulación y su cabal comprensión sobre la naturaleza jurídica de la institución resarcitoria en el ordenamiento penal peruano, **considero que** tiene su origen en la traslación de normas extranjeras sin una debida apreciación en su coherencia legislativa; manifiesta el profesor Hurtado Pozo, que el derecho español, durante la colonización de América fue implantado, no se trató de un simple trasplante, sino qué tuvo que tener en cuenta una cultura altamente desarrollada como la nuestra, encarnada en los Incas; no hubo tampoco un recepción del derecho español, *“pues los aborígenes no aceptaron consciente y voluntariamente ese derecho foráneo, no fue un proceso bilateral; de un lado los conquistadores españoles trajeron su derecho y lo aplicaron y de otro, la Corona dictó reglas, no siempre bien aplicadas”*, se trató de una imposición del derecho foráneo y lo mismo sucedió durante la

²² Directiva sobre los Lineamientos Metodológicos para la elaboración de la Tesis para la obtención del grado de Magister y Doctor en Derecho de la UNMSM, son los antecedentes y el estado actual de los esfuerzos científicos por la solución del problema planteado en la tesis.

República e inicios de nuestro Estado naciente, es lo que ocurrió en materia de legislación civil, penal y procesal penal; relata en la exposición de motivos del primer Código Penal de 1863, que el legislador peruano afirmó – *“olvidando la numerosa población indígena – que se había seguido de cerca al Código Penal español-, porque estando las costumbres de los peruanos vaciadas a moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla, no era posible alejar el Proyecto de Código Penal del modelo hispano”*²³; es evidente, que el legislador peruano no fue creativo, sino meramente copista de casi todo un código, por tanto no repararon en nada la regulación por cada institución, que podría tener problemas al momento de aplicarlo en casos concretos; en lo atinente sobre el delito y su resarcimiento si bien tuvieron una posición única o si desdoblaron el hecho en dos: uno penal y otro civil, pese a tener un mismo origen, todo ello trataré de responder en el siguiente ítem; pero no solo desde el punto de vista penal, sino también desde el punto de vista civil; para apreciar como el legislador temporal e históricamente ha desarrollado la institución tradicional de la *“responsabilidad civil ex delicto”* que finalmente terminó adicionando una *“responsabilidad civil ex damno”*, como sistema **que considero** de *“tutela judicial excepcional”*, aquella dos responsabilidades, hoy se constituyen, lo que califico como un *“sistema trial de resarcimiento civil”*

En resumen, nuestro país, lo que hizo fundamentalmente, para crear un ordenamiento legal, fue copiar la normatividad de otros países, en especial de España, siendo ella precursora de nuestra legislación, sin tener en cuenta los problemas propios del país, al momento de su aplicación.

2.2.1 El Código Civil de 1852²⁴

Fue el primer código orgánicamente concebido, aunque de influencia francesa, fue promulgado por el presidente José Rufino Echenique, puntualmente en el libro Tercero, referido a las obligaciones y contratos en el artículo 1219 sostiene: *“Las obligaciones provienen o de la ley o del hombre. Este hecho puede consistir en una promesa o en una convención, o en un*

²³ HURTADO POZO, José. “La Ley Penal Importada. Recepción del Derecho Penal en el Perú”. Lima 1979. p. 51.

²⁴ Código Civil Peruano de 1852. Ed. Oficial. Imprenta del Gobierno. Por Eusebio Aranda p. 288.

delito o un cuasi delito"(sic); como puede apreciarse el legislador estableció como fuente de las obligaciones, entre otras al delito. Lo que hizo el legislador peruano, fue seguir la doctrina internacional de Francia, sobre el instituto sobre la fuente de las obligaciones establecidas por el tratadista Roberth Pothier, en su famoso "*Tratado de las Obligaciones*", que a su vez sirvió luego como antecedente a Jean – Etienne Portalis en la redacción del Código Civil Francés, ésta ordenación pentapartita sobre las fuentes de las obligaciones: el CONTRATO (donde fluyen las manifestaciones de voluntad de dos o más individuos); el CUASICONTRATO (comprendido como un acontecimiento libre del individuo que se compromete a admitir una herencia o legado y en todos los cuasicontratos); el CUASIDELITO (también comprende la libre decisión que obliga a un individuo); el DELITO (y Cuasi delito civil, que es el despliegue de un acontecimiento que genera ofensa y perjuicio a otra persona) y la LEY (apreciada como mandato imperativo). Para nuestra investigación, el delito es fuente de la obligación para el resarcimiento del daño producido por aquel²⁵. Esta doctrina internacional fue plasmada directamente en nuestro Código Civil de 1952 en el título 4°. Sección 7ma, del Libro 3ro (arts. 2189 a 2211), llegando a determinar la culpa como base de la represión del delito (art. 2219) y hasta determinaba que el perjuicio obligaba a subsanarlo (art. 2191), lamentablemente se fue introduciendo normas de la misma naturaleza en el ordenamiento penal, como fue el caso de la sustitución de las normas (arts. 2200 a 2203) y que hacían impracticables; finalmente para sede civil, con la doctrina y normatividad, se sostenía que: "*En qué consiste la reparación del delito, La reparación civil a que da lugar un hecho delictuoso comprende la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización del perjuicio material o moral irrogado a la víctima del delito, o a su familia o a un tercero*", tal como sostuvo uno de sus más preclaros comentaristas²⁶.

Resumen, el Código Civil de 1852, legisló sobre el delito como fuente de las obligaciones y su consecuencia en la acción civil y su modo de reparación, no se tendría que haber duplicado en norma posterior, porque la naturaleza

²⁵ GUZMAN BRITO, Alejandro. "*El tradicionalismo del Código Civil peruano de 1852. Revista de estudio histórico-jurídico.*". Valparaíso, p. 29.

²⁶ CORNEJO, Ángel. Síntesis de las Lecciones dictadas por el catedrático del segundo Curso de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Imprenta Minerva. Lima 1928. P. 210/212.

del daño, es de naturaleza estrictamente civil y privada, sin embargo, se le fue quitando autoridad a una normatividad uniforme, para empezar a reiterar o crear normas en el Código Penal de 1863.

2.2.2 El Código Penal Peruano de 1863

Once años después de la promulgación del Código Civil de 1852, se promulgó el Código Penal Peruano de 1863, lo interesante de este código es qué, siguiendo al código penal español de 1848²⁷, regula en la parte general, en la sección sexta el modo de hacer efectiva la reparación civil. En el Título 2 denominado *“De los que tienen responsabilidad Civil”* en el artículo 18 se consignaba expresamente que: *“Todos los que son responsables en lo criminal, lo son también civilmente. De otro lado la reparación civil comprendía la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios (artículo 87). Se fija la reparación valorando la entidad del daño, por medio de peritos o por el arbitrio judicial (artículo 89). La indemnización de perjuicios comprendía no solamente los causados al ofendido, sino también los que se hubieran irrogado a la familia de la víctima o de un tercero (artículo 90).* Esta regulación se consideró tan acertada, que se mantuvo íntegra en el Código Penal de 1924²⁸. Lo negativo de este Código, con arreglo a las normas citadas y los del Código Civil de 1852, es que se duplicó las normas de responsabilidad civil, fundando dos regímenes, uno en sede civil y otro en sede penal, lo cual obviamente trajo contradicciones, desencuentros y confrontaciones entre las posturas propuestas de uno y otro código.

Resumen, El Código Penal primigenio de 1863, fue precursor en la presencia de la acción civil en sede penal, con sus criterios normativos, generando una jurisprudencia muy propia; pues se creó normas civiles en el Código Penal de 1863, cuando varias de ellas ya estaban en el Código Civil de 1852 que inclusive hablaba sobre la responsabilidad civil proveniente del

²⁷ TORRES AGUILAR, Manuel. Dice para Carlos Zavala Loayza el Código peruano, es un *“fiel trasunto del español de 1848”*, “Actas del Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano”. Diputación de Córdoba Universidad de Córdoba. 2005, p. 1077. En el mismo sentido, HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. Parte General. Lima 1978, p. 41.

²⁸ Fuente recogida del Código Penal con citas, notas y concordancias. Lima Courtheoux y Chateaufort, Libreros – Editores 1878. Imprenta del Universo, De Carlos Prince. Escuela Industrial Municipal de San Pedro

delito; creándose dos sistemas sobre la responsabilidad civil sin entender, que la responsabilidad civil tenía raigambre privada.

2.2.3 La Acción Civil en el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863²⁹

En todo su texto³⁰, no encontramos ninguna norma que autoriza dentro del proceso penal el ejercicio conjunto de la acción penal y de la acción civil a favor de la víctima, agraviada por un delito; por ejemplo de toda la sección segunda, sobre las Acusaciones y Denuncias, menciona al acusador público y privado que es el Ministerio Fiscal o el particular; en el artículo 29 precisa sobre el juicio, indica que el sumario sirve para investigar y el plenario para comprobar culpabilidad o inocencia; el artículo 96 era más contundente, pues indicaba los requisitos que debe contener toda acusación y precisa que extremos debe mencionarse y en sus nueve incisos señala de todo, menos el monto o la cuantía de la reparación civil; por su parte el artículo 108 señalaba, que si el procesado es encontrado culpable, es condenado y se le impone la pena, no precisa de la reparación civil, de su silencio entiendo que, el legislador reservó dicho concepto para el momento de la ejecución de sentencia³¹ o la sede civil, para la persecución del pago de los daños ocasionados, siempre que la sentencia quede consentida y/o ejecutoriada, no existe otra explicación, bajo el amparo del primer párrafo del artículo 89 del código en comento que señalaba: *"La reparación se hará valorando la entidad del daño practicable ó por el prudente arbitrio del Juez"*(sic) y el artículo 90 señala: *"La indemnización de los perjuicios comprende no solo los que por razón del Delito se hubiera irrogado directamente á su familia ó á un tercero.*

²⁹ HURTADO POZO, José. Señala que este Código tuvo su fuente inmediata a la ley española denominada Reglamento Provisional de 26 de setiembre de 1835. "Manual de Derecho Penal". Parte General. Editorial Sesator, Lima 1978. p. 41.

³⁰ Edición Oficial del Código de Enjuiciamientos en Materia Penal. Lima. Imprenta, Calle La Rifa, 58, 1862.

³¹ TORRES GUILAR, Manuel. Comentando sobre el Código Penal de 1863 sobre la reparación civil dice: *"El Código Peruano, siguiendo el modelo español, regula en la Parte General, en la Sección Sexta, el modo de hacer efectiva la responsabilidad civil. Comprendía la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios (artículo 87). Se fija la reparación civil valorando la entidad del daño, por medio de peritos o por el árbitro judicial (art. 89)". "Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano". Diputación de Córdoba, Universidad de Córdoba 2005, p. 10080.*

Su regulación se efectuará prudencialmente por el Juez en defecto de prueba plena"(sic). Bajo ésta posición puedo decir, que imperó el principio del **“non liquet”** (no está claro, en latín), en el sentido de que el juez penal no podía pronunciarse por la responsabilidad civil en ningún caso durante el proceso penal, pues el legislador además no le había concedido la **“competencia secundum eventum”**, es decir, de pronunciarse en la sentencia, la pena conjuntamente con la reparación civil, en el caso que hubiera emitido una sentencia condenatoria; en ese escenario la víctima no solo tenía que esperar que el proceso penal culmine definitivamente o recién abrir un proceso civil, donde podría obtener, luego de un debido proceso, el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por el delito; la dilación procesal e insatisfacción para la víctima es evidente; ergo estábamos ante una tutela judicial deficiente y por tanto, es el PRIMER MOMENTO por el cual se atiende a la acción civil dentro del proceso penal cuando existe condena.

Resumen, de este apartado, es que el Código de Enjuiciamiento en materia penal, solo permitía la absolución o la condena penal del procesado; para el resarcimiento civil, debía esperarse que la sentencia condenatoria quede consentida y/o ejecutoriada, para que en ejecución de la sentencia o en sede civil, se pueda proseguir con otra acción de pago de la indemnización, en caso hubiera existido condena, así imperó el Principio del *“non liquet”*.

2.2.4 La Acción Civil en el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920

El profesor César San Martín Castro, nos dice qué la institución de la responsabilidad civil *“ex delicto”*, se afilia al sistema francés y que una de las finalidades de la investigación preparatoria es precisamente determinar la existencia del daño³². El Código ya mencionado, por primera vez introduce la institución de la *“acción ex delicto”* y consideró que la influencia no fue la francesa, sino la española – por lo menos en ésta institución -, no hay que

³² SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Lima noviembre 2015, p. 267. El maestro, señala que el CPPP se afilia al sistema francés, en principio de obligatoria competencia civil del juez penal, con la finalidad de resarcir el daño ocasionado por el hecho presuntamente delictivo, pero no nos muestra su fuente.

olvidar que en España, ya estaba vigente la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, en el Artículo 108 dice: “*La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular;....*”, pero lo que había comenzado al parecer exitosamente para la acción civil, en el artículo 198 señala: ***“El escrito de acusación que formula el Fiscal debe contener forzosamente: (...) numeral 8. Si hay lugar á indemnización y á favor de quién debe ser, ó si estos puntos deben resolverse por la justicia civil”*** (sic); es decir, el sistema imperante de esa época, consideraba que la acción civil podría resolverse por la justicia civil y no necesariamente en la vía penal. Cuatro años después del código adjetivo penal antes citado, se dictó el Código Penal peruano de 1924, que en el artículo 65 precisaba: ***“El Ministerio Público perseguirá conjuntamente con la represión, la efectividad de la reparación civil”***. Es evidente que el legislador no adoptó por el *principio del “non liquet”* (en latín: no está claro), en el sentido que el juez penal, ésta vez, sí podía y debía pronunciarse por la responsabilidad civil, pues el legislador, había concedido al juzgador penal, competencia, no solo para resolver la acción penal, sino que le había concedido competencia para que también vea la reparación civil del daño causado; por tanto, se adoptó por el Principio denominado ***“competencia secundum eventum”***, que es el SEGUNDO MOMENTO que habíamos mencionado; de modo tal que, el juzgador, frente a un hecho punible, tenía a su cargo dos competencias una competencia penal para imponer la pena que corresponda y una segunda competencia para imponer el pago de la reparación civil por el daño cometido por el delito, pero solo si existe responsabilidad penal; así la Sala Penal de la Corte Suprema dijo: *“Si se declara irresponsable de delito a un acusado, no procede la condena en concepto de indemnización civil”*³³, en éste caso en concreto por ejemplo, si al imputado le alcanza una causa eximente de responsabilidad penal, puede ser liberado de la condena, pero pese a que le solicitaron a la Corte Suprema condene al procesado por la acción civil, no lo hicieron, nada impedía la condena por el daño ocasionado, pero ellos (la Sala Penal) abdicaron a su

³³ Ej. 12 de mayo 1930.- A.J. 1939, pg. 111.- R del F. 1930, pg. 101.- R. de los T. 1932, pg. 51. ESPINO PÉREZ, Julio. Código Penal. Concordancias 7ma Edición. Exposición de Motivos del Código Penal de 1924. Editorial Cuzco. S.A. Lima 1988. p.88.

competencia respecto a la acción civil pendiente, eso quiere decir, que para la Corte Suprema ello no estaba claro (principio “*non liquet*”), y que en todo caso esa responsabilidad debería deslindarse en sede civil. En otras ocasiones, cuando la Sala Civil de la Corte Suprema era requerida para que se pronuncie por la acción civil emergente del delito, dijo: “*La indemnización por acto ilícito previsto en el artículo 1136 (1969) del C.C. se refiere a la que deriva de un acto que, sin constituir un contrato o configurar un delito, genera la obligación de resarcir un daño causado involuntariamente. Es improcedente la demanda que persigue la indemnización del daño moral o material ocasionado por un acto voluntario o doloso cuyo juzgamiento corresponde al fuero penal, debiendo perseguir el pago de la reparación civil conjuntamente con la pena en el respectivo juicio penal*”³⁴, mostraba la Corte Suprema su incompetencia para pronunciarse sobre la acción civil emergente de un delito, indicando ya no su naturaleza privada, sino su naturaleza pública orientando que dicha competencia correspondía a los jueces penales y la pena y reparación debía perseguirse en sede penal, incrementando la confusión. Las normas citadas anteriormente, no solo fueron precursoras en nuestro medio, sino también generaron que se creara una jurisprudencia contradictoria que se ha mantenido por más de seis décadas; la Corte Suprema en reiteradas oportunidades ha dicho al respecto: “*la demanda de fs. 3 contiene la acción de pago de frutos, enriquecimiento indebido a indemnización de daños y perjuicios derivados de acto ilícito intencional atribuidos a los demandados; Que, tratándose de daños materiales y morales ocasionados por actos dolosos cuyo juzgamiento corresponde al Fuero Penal, sólo cabe perseguirse el pago de la reparación civil conjunta con la pena en el respectivo proceso penal (...)*”³⁵; es decir, estaba reafirmando “*la acción ex delicto*” por el cual no es posible ir a sede civil a reclamar indemnización de hechos que constituyen delitos, sino que ambas responsabilidades son de competencia del juez penal en forma exclusiva, de ese modo el daño que tenía configuración privada, era entendida perfectamente como una acción pública, afianzando la actitud

³⁴ Ej.: 28 de junio de 1973.- R. de J.P. 1973, pg. 846. R.J.P. 1974, pg. 1441. ESPINO PEREZ, ob. cit. p. 86.

³⁵ Causa No 2244 – 81 procedente de Lima. Publicado en el diario Oficial El Peruano del día 8 de febrero del año 1982, p. 447. Sentencia que se haya rubricada por los Vocales Supremos Doig, Gálvez V., Vasallo Ch., Ugarte del Pino y Delgado V.

separatista de la acción civil en sede civil y la acción civil en sede penal, conforme a la exposición de motivos del Código Penal de 1924; volviéndose a reafirmar la Corte Suprema (Sala Penal) con otros integrantes, cuando dice: “(...)que la ley civil no permite el abuso del derecho por parte del denunciante en detrimento de los condóminos denunciados; que no existe probada materia penalmente justificable, en virtud de las consideraciones expuestas, sino hechos de naturaleza civil que aún se encuentran pendientes de ser dilucidados en la vía extrapenal, por lo que es del caso absolverlos(...)”³⁶ así los Jueces Supremos Civiles, otra vez, abdicando a sus atribuciones, consideraron que los jueces penales eran los únicos competentes, si el hecho era uno delictivo o un hecho de responsabilidad civil extracontractual intencional – no negligente –; de ello podemos colegir que la legislación y la jurisprudencia nacional, se desarrollaron confusamente, en éste tema denominado tradicionalmente responsabilidad civil **“ex delicto”**. Pese a que los Jueces Penales en éste segundo momento podían aplicar el segundo principio que alude a la **“competencia secundum eventum”**, es decir que resuelto el tema penal, debe resolverse el tema civil de los daños y perjuicios cuando corresponda, omitieron pronunciarse, de un lado los civilista declinaron de sus funciones de algo que tenía naturaleza privada, y los penalistas reclamaban a la reparación civil como de naturaleza pública y que por ello la reparación civil debía ser declarada solo en el proceso penal; entonces si en el Perú, habíamos optado por la responsabilidad **“ex delicto”** y también por la **“competencia secundum eventum”** por lo menos para perseguir en forma conjunta las responsabilidades civil y penal, y en el supuesto caso de haberse producido la extinción de la acción penal por cualquier causa en el proceso penal, o el dictado de una sentencia absolutoria, no tenían porque quedar incontestada las pretensiones civiles que se alegaba por el Ministerio Público o el agraviado constituido en parte civil; eso fue un gravísimo error en el sistema procesal peruano, que se mantuvo en forma oficial por lo menos hasta el 01 de julio del año 2006 que entró en vigencia el nuevo Código Procesal Penal del año 2004.

³⁶ Causa No 2244 – 81 procedente de Lima. Publicado en el diario Oficial El Peruano del día 25 de enero del año 1982, PAG. 416 y 417. Sentencia que se haya rubricada por los Vocales Supremos Barrós C., Ganoza y G, Flores A., Bramont A. y Ugarte del Pino.

Resumen, El Código de Procedimientos en materia criminal de 1920, introdujo por primera vez, la institución de la responsabilidad civil “*ex delicto*”, y señaló que el Juez Penal tenía una doble competencia o competencia “*secundum eventum*”, la penal para condenar e imponer una pena y la civil, para resarcir los daños ocasionados por el delito; y el error fundamental de éste Código, fue estar acorde a las reglas de responsabilidad civil que fueron introducidas en el Código Penal de 1863 y asimilar el fundamento del Código Penal de 1924, en el sentido que la acción civil resarcitoria del delito tiene naturaleza pública y no privada y por ello la judicatura penal, entendió que era de su exclusiva competencia pronunciarse sobre los resultados del daño y que ellas no podrían ser trasladadas a sede civil.

2.2.5 El Código Penal de 1924³⁷

El Código Penal de 1924, fue fuente del actual Código Penal de 1991, en el artículo 65 precisa que: “*El Ministerio Público perseguirá conjuntamente con la represión, la efectividad de la reparación civil*” con dicha norma se autoriza por segunda vez – pues ya lo había hecho el Código de Procedimiento en materia Criminal de 1920 - que la acción penal no puede impedir que también se pueda exigir la acción civil, asumiéndose el principio de la “*responsabilidad civil ex delicto*” el carácter de acción penal pública al estar bajo tutela de una institución pública como es la Fiscalía. El artículo 66 en el inciso 3ro se precisó los alcances de la indemnización señalando: “*La indemnización del perjuicio material o moral irrogado a la víctima del delito, a su familia, o a un tercero*”, con lo cual volvía a determinar que el perjudicado no era un ente público, sino una persona natural o jurídica y por ende su naturaleza privada. En esa misma línea de pensamiento el artículo 67 prescribía “*El juez ordenará en la sentencia penal la restitución y la reparación del daño y determinará prudencialmente, a falta de prueba, el valor de la indemnización del perjuicio material o moral originado por el hecho punible*” si bien dicha norma podría ser justa y equitativa que ante ausencia de prueba, el juez estaba autorizado

³⁷ Las fuentes siguiendo este orden fueron los Proyectos Suizo, Italiano, Argentino, Uruguayo, y el Proyecto Sueco de 1916. HURTADO POZO, ob. cit. p. 45.

a usar su discrecionalidad y fijar el monto no solo por el daño material, sino también podía fijar la indemnización correspondiente al daño moral originado por el hecho punible; sin embargo, dicha norma podría ser mal usada y generar arbitrariedad, pues el juez, sin prueba, estaba autorizado a fijar el quantum indemnizatorio por el daño moral, situación bastante discutible, pero lo rescatable es que seguía manteniendo su postura que la acción penal es privada. El artículo 70 establece que la obligación de la reparación civil es solidaria entre los partícipes en el hecho punible, de modo que el total de la indemnización podría ser perseguido solo al cómplice y no necesariamente al autor del daño. El artículo 71 establece que: *“La obligación de la reparación civil pasa a los herederos del ofensor y el derecho de exigirla se trasmite a los herederos del ofendido”*, con lo cual nuevamente reitera que el principio de personalidad de la pena no funciona como acción penal pública, en cuanto a la reparación civil, sino que ésta tiene el carácter de privada, pues la asumen los herederos bajo el sistema de apertura de la sucesión. Igualmente señaló en el artículo 76 que: *“Es nulo todo contrato entre el damnificado y el delincuente sobre la reparación civil”* - norma que quita la naturaleza privada de la acción civil proveniente del delito y que siendo la acción penal pública, sobre ella no es procedente la transacción entre otros actos civiles, quitándole su carácter privado, pero, posteriormente, fue derogada tácitamente, al entrar en vigencia el Código Civil de 1936, que en el artículo 1310 establecía sobre los alcances de la transacción: *“Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga del delito”*- esto es una muestra más que los legisladores lejos de unificar, entendieron que uno es el daño civil ocasionado por un delito y otro es el daño civil ocasionado por un cuasi delito; de esos desencuentros además que, habiéndose dictado la Ley No 9014 del día 23 de noviembre de 1939, en el artículo 1 se dispuso modificar el artículo 118, inciso 1°, 1° párr. Código Penal quedó modificado en los siguientes términos: *“La acción penal pública se extingue: 1° Por prescripción, amnistía o muerte del culpable. Subsiste en estos casos la acción civil, que se hará efectivo en esta vía. Conservan su eficacia en el procedimiento que se instaure ante la jurisdicción civil, las pruebas que se hubiera actuado en la instrucción o en el juicio correspondiente”*, con éstas modificaciones, se tiene bien claro el tema, si el proceso penal concluía por amnistía o por prescripción, sede penal no podía

fijar la reparación civil, retomando el tema al principio del *“non liquet”* – por el cual, el Juez Penal debía pronunciarse sobre todas las cuestiones civiles, introducidas en el proceso penal-, y por tanto, en este caso, el proceso se tendría que volver a intentar, ésta vez, en sede civil, donde se debía debatir el pago de la reparación con un nuevo proceso, con un juez civil y con normas civiles; no se entiende entonces, si en sede penal se tenía hasta las pruebas ¿porque el Juzgador Penal, que tenía doble competencia, no sentenciaba sobre la reparación civil?; asimismo en el ordinal 3° de la misma norma en comento, segundo párrafo dice: *“Lo resuelto en la jurisdicción penal impide cualquier acción que pudiera derivarse del hecho materia de juzgamiento”* – salvo para terceros -, el mensaje es, que lo resuelto sobre la acción civil en sede penal, es vinculante inclusive para sede civil, sin que en ningún caso pudiera reabrirse, con lo cual se acentuó la presencia de dos regímenes legales sobre la acción civil, en sede penal y en sede civil, con sus criterios normativos y jurisprudenciales propios –; pues se crearon normas civiles, especialmente para sede penal, cuando varios de ellos ya estaban en el código sustantivo civil de 1852. En todas sus normas sobre la reparación civil, en este código no hay remisión alguna al Código Civil, al contrario, por las que existen, se pretendió crear un sistema aislado del Código Civil de 1852, diciéndose en la Exposición de Motivos: *“...El primero establece reglas interesantes sobre la realización de la responsabilidad civil. Los hechos han demostrado sin embargo que esta legislación es muy defectuosa dadas las dificultades con que tropiezan las víctimas del delito para obtener la reparación de los daños. Es absolutamente necesario convertir en acción pública la que se refiere a la acción civil. Esta es la principal innovación introducidas por el proyecto. (...) Estas medidas han sido tomadas del proyecto italiano”* (sic)³⁸; queda claro pues, que la dogmática penal y legislativa de la época pretendió convertir a la acción civil privada en pública, y para ello creo, todo un sistema de responsabilidad civil en el Código Penal.

Resumen, el Código Penal de 1924 acentuó las diferencias de la acción civil en sede penal y en sede civil, esta vez trató a la acción civil legislada en el Código Civil de 1852, de *“defectuosas”* y para que sean operativas, creo

³⁸ ESPINO PÉREZ, Julio. Código Penal. concordancias 7ma edición. Exposición de motivos del Código Penal de 1924. Editorial Cuzco. S.A. Lima 1988. P. 27/28.

una serie de normas propias en el Código Penal, las cuales ya estaban en el código sustantivo civil, y que su principal innovación era haber convertido a la acción civil privada en acción civil pública – así lo dice expresamente la exposición de motivos – y curiosamente sus propias normas reconocían a la acción civil derivada del delito como una acción privada conforme a las normas analizadas, señalaba que la acción civil derivada de delito, era de carácter pública, aumentando la confusión muy a pesar de que el daño es único, por derivarse de un mismo hecho.

2.2.6 El Código Civil de 1936

Valorado desde el tema de nuestra investigación; el artículo 1136 refiere: *“Cualquiera que, por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”*; de una interpretación literal se refiere a la culpa o imprudencia, si bien habla de *“hechos”*³⁹, la doctrina omitía referirse al DOLO – como si ello era patrimonio del derecho penal-. En el Artículo 1137 dice: *“No son actos ilícitos: 1.- Los practicados en el ejercicio regular de un derecho; 2.- Los practicados en legítima defensa de sí mismo o de un tercero; y 3.- El deterioro o destrucción de la cosa ajena, a fin de remover un peligro inminente, siempre que las circunstancias justifiquen el hecho practicado y que éste no exceda de los límites indispensables para conjurar el peligro”*. El artículo 1310 introduce una novedad para su tiempo, pero interesante para arreglar los conflictos de orden penal en sede civil, dicha norma consagra la transacción proveniente del delito y señala: *“Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito”*; ésta norma, como hemos sostenido en el párrafo anterior, implica que si el Código Penal proscribía todo acuerdo sobre la responsabilidad civil entre el imputado y el agraviado, y el presente artículo 1310 admitía la transacción, en el fondo se produjo una ruptura legislativa de la civil que afectaba a la penal, y como se trata de leyes en el tiempo, hay que entender que la ley posterior, deroga tácitamente a la

³⁹ LEÓN BARANDIARÁN, José. El maestro en sus clásicos “Comentarios al Código Civil Peruano” T.1, 2ª. Ed., Buenos Aires 1954, 378/383, sostenía que la expresión *“hechos”* correspondía al dolo, pero, así no fue entendida por nuestra Jurisprudencia de la Corte Suprema, conforme a las sentencias citadas para lo expuesto sobre el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920.

anterior; esto era saludable, pues el Código Civil consagró una vez más que el daño proveniente de un delito, puede ser resarcido en sede civil, retomando la Tesis unitaria que el daño ocasionado por el delito, puede ser resarcida en sede penal o en sede civil; la Corte Suprema, en sede **civil**, sostuvo que a pesar que el causante del accidente había sido absuelto en sede penal, no fue impedimento para condenar civilmente el pago del daño⁴⁰; pero siempre sostuvo que si hubo un acto doloso, los daños resultantes solo caben perseguirse en sede penal, no en sede civil⁴¹, reconociendo la Corte Suprema una dicotomía, cuando bien se pudo resarcir en sede penal, los daños civiles

En resumen, el Código Civil de 1936 a pesar de conocer que su antecesor el Código Civil de 1852 reconocía al delito como fuente de las obligaciones, abdicando a dicho principio, y atendiendo que los Códigos Penales de 1863 y 1924 que ya habían cogido normas civiles en sus cuerpos normativos, no vio mejor postura que limitar su ámbito de acción cuando existan daños extracontractuales a los provenientes, de los hechos, culposos o imprudente o de responsabilidad objetiva, excluyendo tácitamente a los que provengan de delito (bajo una interpretación literal del artículo 1136 del Código Civil de 1936), pues los daños emergentes del delito, estaban comprendidos en los dos últimos códigos penales ya mencionados; pero como los ponentes de los libros del Código Civil de 1936 – obligaciones y contratos - fueron distintos autores, en el libro de obligaciones y contratos Manuel Augusto Olaechea, se introdujo en la Transacción, el artículo 1310 sobre la transacción, que señaló que era procedente la transacción de la responsabilidad civil que provenga del delito, esto porque el legislador en ésta parte del libro, reconoció que el daño ocasionado por el delito, tiene naturaleza privada, y sin embargo, los jueces penales de esa época seguían insistiendo, que pese a la existencia de la transacción en sede penal, de toda maneras exigían que se tendría que fijar el monto de la reparación civil en las sentencias penales⁴², siendo la transacción complementaria a ésta; los Jueces penales de la época,

⁴⁰ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La Responsabilidad extracontractual". Vol. IV - Tomo I. Biblioteca Para leer el Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo editorial. 2005. p.139. Ver sentencias citadas en la página 139 último párrafo y 140 primer párrafo.

⁴¹ TRAZEGNIES GRANDA, ob. cit. p. 140 segundo párrafo y 141 primer párrafo.

⁴² "La transacción a que llegan las partes sobre la reparación civil, no excluye si no determina la que debe ser fijada en la sentencia, según lo prescrito en los artículos 1310 del C.C. y 2° de la Ley No 9014. Ej. 21 de abril 1942.- A.J.1942, pg. 91 (ESPINO PEREZ, ob. cit. p. 96)

persistieron que la reparación civil, tiene naturaleza pública y no privada, con arreglo a la exposición de motivos del Código Penal de 1924. Incrementando la confusión.

2.2.7 La Acción Civil en el Código de Procedimientos Penales de 1940

Este código, también permitió a la víctima, que ejerza la acción resarcitoria para cuyo caso, el agraviado tiene que constituirse en parte civil, destinándole orgánicamente todo el Título V, consagrando nuevamente, que la acción penal y la acción civil se ejerzan acumulativamente; es decir, también se reconoció el Principio de la responsabilidad civil “*ex delicto*” y el Principio de la “*competencia secundum eventum*”; pero se siguió el error, que si un proceso penal fenecía por una causa de extinción, el resarcimiento solicitado quedaba incontestado; igualmente si alguien era absuelto los jueces, en ningún caso en nuestra jurisprudencia peruana, se atrevieron a condenarlos al pago de la reparación civil, pese a que estaba siendo reconocido su competencia sobre el segundo evento, esto es sobre la acción civil. Uno de los más connotados comentaristas del Código de Procedimientos Penales de 1940 el profesor Domingo García Rada⁴³, nos enseña diciendo que: *“El delito es a la vez ilícito penal e ilícito civil. Todo ilícito penal es ilícito civil, pero no todo ilícito civil es ilícito penal. El delito es, pues, ilícito penal e ilícito civil. El penal origina la pena; el civil la reparación pecuniaria. Como consecuencia de todo delito, surgen dos acciones: una dirigida a obtener la aplicación de la ley penal; la otra busca el resarcimiento del daño causado. (...) La acción civil corre pareja con la penal y se ejercita ante el juez que tramita la instrucción. (...) Son dos acciones emanadas del mismo hecho delictuoso, con prueba igual que deben ser resueltas por el mismo Juez. Se evita que el de Primera Instancia tenga un proceso más a su cargo; se ahorra dinero a la parte agraviada, puesto que ejercitar la acción civil no le cuesta nada o muy poco; hay evidente economía procesal al mantener la unidad de la causa y evita el peligro de sentencias*

⁴³ GARCIA RADA, Domingo. “Manual de Derecho Procesal Penal”. Sexta edición. Lima 1980. Tipografía Sesator. p. 85, 86, 88 y 89. **La primera edición salió publicado en el año de 1970.**

contradictorias. El derecho a la reparación nace con el delito. La sentencia no crea el derecho, sino la exigencia legal para hacerla efectiva. La acción civil es objeto accesorio de la penal. **El delito es condición necesaria pero no suficiente. Puesto que puede desaparecer y sin embargo subsistente la acción civil.** La única diferencia es que ya no puede ejercitarse en la vía penal sino en la civil. (...) **Es contingente**, significa que puede ejercitarse juntamente con la represión del delito, accionar en la otra vía o no ejercitarla por razones personales. Cuando la acción civil se ejercita en forma **subsidiaria** juntamente con la penal, sólo puede dirigirse contra el autor del daño, no contra sus familiares, allegados o socios, y ello porque la acción penal es personalísima. (...) Requiere que exista previamente un proceso penal y que la pretensión económica tenga los mismos hechos como fundamento, o sea que derive del delito que la motiva. Puede haber acción penal sin pretensión económica (cuando existan casos de inimputabilidad o de justificación en que se dicta una medida de seguridad). Cuando hay pretensión económica pero no puede haber pretensión punitiva (por ejemplo, en los casos de la amnistía – Art. 126 C.P.- o delitos contra el patrimonio entre parientes con estrecho vínculo familiar, - Art. 260 C.P.-, **entonces como no cabe reclamar nada en la vía penal, pues ésta no está expedita, tiene que dirigir su acción indemnizatoria por la vía civil.** La existencia del proceso penal es presupuesto necesario para ejercitar la acción civil. **Cuando se desecha la acción penal (por absolución, prescripción o porque solo se dicta una medida de seguridad), la acción civil desaparece.** La no imposición de una sanción penal trae consigo la desaparición de la acción civil derivada de delito. En tales casos, la víctima tiene que recurrir al juicio ordinario. La ley reconoce al lesionado la facultad de interponer la acción indemnizatoria en forma accesoria, juntamente con la penal; o independientemente en la vía ordinaria (...). La falta de éxito en una o descontento por el escaso monto señalado, no autoriza a la víctima del delito a presentarse en la otra vía con igual pretensión. Ya agotó su pretensión indemnizatoria (R.J.P. 1969. p. 1514; A.J. 1934, p. 193)". La propuesta del maestro, estaba en consonancia con el Código de Enjuiciamiento en materia criminal de 1920 y el propio Código Penal de 1924; sin embargo, **considero que**, en parte, no es correcta su postura, pues él dice textualmente en los

párrafos citados, lo siguiente: “(...) Cuando se desecha la acción penal (por absolución, prescripción o porque solo se dicta una medida de seguridad), la acción civil desaparece. La no imposición de una sanción penal trae consigo la desaparición de la acción civil derivada de delito”. (el subrayado es mío). Esta aseveración del maestro, en verdad, no es compatible con el principio de responsabilidad civil “**ex damno**”, por el cual, la sola existencia de un daño vinculado al hecho punible o independiente del daño originado por el delito, debería ser indemnizado, sin embargo, en los anales judiciales nunca sucedió esto, y la acción civil siempre fue incontestada, y se provocaba que el justiciable tendría que recurrir a sede civil a exigir alguna indemnización si es que le correspondía, toda una tutela judicial ineficaz y sobre todo insensible, puesto que, habiendo transcurrido casi 60 años, uno de sus más connotados comentaristas el Doctor Domingo García Rada; seguía considerando que la presencia de una sentencia absolutoria o el auto que daba culminada la acción penal, generaba que la acción civil desaparece o que la no imposición de una sanción penal trae consigo la desaparición de la acción civil derivada del delito; esta voz autorizada tuvo que haber influido en la doctrina y la propia jurisprudencia. Retornando nuevamente al Principios del “**non liquet**”, es decir, que no se podían pronunciar por el pago de la reparación civil dictada que fuera una sentencia absolutoria o emitido una sentencia penal sin condena del acusado; pues el derecho español estaba allí solo para copiarlo o mejorarlo, pero se optó por una posición distinta que haga realidad un resarcimiento adecuado a la víctima de un hecho derivado del delito; por consiguiente el legislador peruano, por ausencia de una doctrina y jurisprudencia líder en cambios y acorde al Derecho Comparado, hicieron que los jueces abandonaran su “**competencia secundum eventum litis**”; perjudicando a los agraviados, muy a pesar que el código de Enjuiciamiento criminal español ya lo venía reconociendo desde el año 1882.

En resumen, sobre este apartado se puede concluir, que el Código de Procedimientos Penales de 1940 mantuvo la institución de la responsabilidad civil “**ex delicto**” y poco o nada asimiló el legislador, ni la jurisprudencia o doctrina de los nuevos criterios sostenidos en España que la acción civil emergente de un hecho con apariencia punible, aún en el supuesto caso de extinción de la acción penal, se podría fijar el pago de la reparación civil,

situación que no aconteció en Perú, no prodigando tutela judicial efectiva, sobre éstos extremos.

2.2.8 El Código Civil peruano de 1984

Apreciado desde una óptica penal, nos trae lo siguiente: En el artículo 1969, precisa que *“Aquel que por DOLO o CULPA causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”*; el legislador consagra esta vez ya con nombre propio la existencia del DOLO, como el hecho intencional, con conciencia y voluntad, y que causa un delito, genera la obligación de indemnizar, por tanto, el ofendido por un delito, tiene en sede civil la cobertura necesaria para conseguir una reparación por el daño causado, el legislador asume pues la Teoría Subjetiva de la responsabilidad, pero lo esencial es que recuperó dicha institución del dolo para sede civil, con lo cual la unificación se pretendía refundar. Sin embargo, también asume la teoría objetiva de la responsabilidad, cuando en el artículo 1970 del código señala: *“Aquél 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”* quien tenga una fábrica y causa daño a su personal o a terceros tiene que indemnizar al afectado, quien realiza explotación minera y causa daño está obligado a reparar el daño, quien usa indebidamente una máquina de Rayos X y causa daño al paciente está obligado a indemnizar. Pero, también se precisa que hay inexistencia de responsabilidad en los casos del *“ejercicio regular de un derecho”*, en casos de *“legítima defensa”* y *“estado de necesidad”* conforme lo reconoce el artículo 1971; es de advertir de su interpretación literal, que si una persona causa daño, por los supuestos de hecho ya precisados, quiere decir que no va a pagar, ni va a indemnizar nada, así lo ha dispuesto el legislador y es de estricto cumplimiento por los jueces. Como es de apreciarse el ordenamiento civil, prevé varios supuestos de hecho que hacen posible la indemnización de daños y perjuicios; sin embargo, de esos hechos previstos, cuando éstos generen un hecho punible, pues el artículo 1969 habla de dolo, estaremos frente a un hecho derivado del delito, en cuyo caso el Código Civil es una buena herramienta para lograr la

reparación civil; habida cuenta que el propio Código Penal, en el artículo 101 sostiene, que la reparación civil se rige por las normas de aquel código sustantivo; en conclusión producido un delito, el legislador es consciente que está ante un solo hecho, del cual se derivan dos responsabilidades una penal y otra civil. Así el maestro Trazegnies dirá: *"la inocencia penal del causante no lo libera automáticamente de la responsabilidad civil, sino que ésta tiene que ser evaluada con criterios civilistas. Y ello es obvio si se tiene en cuenta que la responsabilidad civil cubre una hipótesis más amplia que la responsabilidad penal, ya que no sólo comprende los daños resultantes del delito, sino también aquéllos que se derivan del descuido e imprudencia delictual, así como los que deben ser resarcidos sin culpa, como los ocasionados mediante bienes o actividades riesgosas. Por consiguiente, puede haberse establecido en el juicio penal correspondiente que no hay delito, pero esto no significa que no haya obligación civil de pagar una indemnización"⁴⁴.*

Resumen. el Código Civil de 1984, es un texto más integral, en lo que se refiere a responsabilidad civil extracontractual, comprendiendo a la imprudencia y dolo como factores de atribución y con ello rescató que la responsabilidad civil es la misma en sede penal o civil, al existir un daño resarcible, y su naturaleza es que siempre es privada, entiendo se ha optado por Tesis Unitaria del daño; reiterando que es posible la transacción de la responsabilidad civil que "provenga" del delito y corresponde al ámbito de la víctima, reafirmando con ello un cuerpo orgánico más completo y más coherente, de donde se puede colegir, que doctrinaria y normativamente no había impedimento alguno a un juez penal absolver por una causa penal, pero en ese mismo caso, de haberse determinado un daño conexo o colateral, optar por condenar civilmente, pero obviamente esta salida, **nunca se les ocurrió a la judicatura en pleno y tampoco al foro nacional** incoar sus pretensiones en ese sentido, entendemos por la confusión existente.

⁴⁴ TRAZEGNIES GRANDA, ob. cit. p.139.

2.2.9 La Acción Civil en el Código Penal de 1991

El régimen procesal, normalmente se encuentra regulado en el Código Procesal Penal; sin embargo, en el Código Penal de 1991, en el artículo 92, se consagra expresamente *“La reparación civil se determina conjuntamente con la pena”* (norma que tiene fuente primaria al artículo 18 del Código Penal de 1863) es decir, el legislador por norma expresa había rechazado la postura antigua del principio del *“non liquet”* es decir, el principio por el cual, el juez penal no podía pronunciarse por el daño ocasionado, sino que emitida la sentencia condenatoria, el justiciable tenía que ir al juez civil para que éste fije los límites de la reparación del daño ocasionado, puesto que ahora, todo ya estaba claro; y por el contrario, el legislador asumió el Principio del *“secundum eventum litis”*, mediante el cual dio facultades expresas al juez penal que conoció del delito y eventualmente condenó – en cuyo caso estamos ante su primera competencia – que también asuma una segunda competencia civil y fije la reparación del daño, con lo cual ya no se necesitaba dos procedimientos uno penal y otro civil y tampoco se necesitaba de dos jueces, el juez penal y el juez civil, solo se requería del juez penal, para que decida ambas pretensiones, con lo cual se evita el *“peregrinaje de jurisdicciones”*⁴⁵, es decir, el paso de una jurisdicción a otra o de un juez a otro; de modo tal, que el juez penal tenía bajo su competencia, el conocimiento de una ACUMULACIÓN HETEROGENEA DE ACCIONES, la penal y civil que corresponde, a dos competencias, de dos jurisdicciones distintas. La Acumulación en mi interpretación, es un producto de la convergencia del Código Civil y el Código Penal dictados en distintas épocas; por ejemplo a pesar que el legislador del Código Penal de 1863 regulaba sobre la responsabilidad civil, sus normas se encontraban concordadas con los artículos 1878, 1879, 2191 y 2238 del Código Civil de 1852 referidas también a responsabilidad civil; en la actualidad inclusive el artículo 101 del Código Penal de 1991 dice que: *“La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil”* – es decir, nos remite al Código Civil de 1984-, el legislador del Código Penal es

⁴⁵ PANTALON PRIETO, *“Perseverare diabolicum”* (¿otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?), Jueces para la Democracia 19, 2/ 93, p. 6.

consciente que su regulación sobre responsabilidad civil es escasa y ante ello, para evitar que el hecho delictivo no quede sin cobertura legal o impune desde el punto de vista civil, prefiere que el Código Civil de sustento normativo suficientemente, capaz de argumentar una decisión, que contenga no solo la pena, sino una adecuada reparación civil emergente del daño que se ha cometido. La Corte Suprema también en el Acuerdo Plenario No 6 – 2006/CJ-116 en el numeral 6° dice: *"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 artículo 92 del Código Penal, y su satisfacción, más allá del interés de la víctima – que no ostenta la titularidad del derecho de penar, pero tiene el derecho de ser reparada de los daños y perjuicios que produzca la comisión del delito-, debe ser instado por el Ministerio Público, tal como 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 – éste último precepto remite, en lo pertinente, a las disposiciones del Código Civil"*. Es evidente que el intento serio de la máxima judicatura de unificar los criterios de responsabilidad civil y penal en una sola, ve una contradicción en el mismo Acuerdo en comento, cuando en el Fundamento 7° dice: *"La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93 del Código Penal, desde luego presenta elementos diferenciadores de la sanción penal. Existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aún cuando comparte un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. 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 jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente – [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción/daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos"*(sic). *El descargo por falta de **dolo***

o *culpa* corresponde a su autor". Es evidente que la Excelentísima Corte Suprema de la República de Perú, considera que producido un delito, se genera dos tipos de responsabilidades, uno penal por el delito cometido y otro civil por la afectación a un bien jurídicamente tutelado por el derecho penal, es decir, es resarcible en tanto y en cuanto, fue producto de la comisión de un delito y que al existir un resultado dañoso, debe indemnizarse. La gran pregunta que NO se hizo en este Acuerdo Plenario es: ¿qué pasa en los delitos de peligro abstracto, si se debe indemnizar, cuando solo existen "*daños no patrimoniales*" como la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales – de personas naturales como jurídicas – que no tienen reflejo patrimonial alguno? Entonces, se pusieron de acuerdo que en los delitos de peligro, en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que "*es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar*" (Fundamentos 8 y 9 del Acuerdo Plenario citado); a que "*objeto jurídicamente protegido*" se está refiriendo el Acuerdo Plenario? .Se entiende creo, que está hablando del bien jurídico protegido en los delitos de peligro, es decir, la SEGURIDAD PÚBLICA penalmente protegida, no civilmente protegida, pues ésta requiere de un destinatario que se afectó en su esfera patrimonial o no patrimonial, y en éste caso en concreto; pero, de forma abrupta culmina diciendo: "*...cabe establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en éstos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil*" (Fundamento 10 del Acuerdo Plenario), existiendo un daño civil a las personas de naturaleza económica, y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales. Nos preguntamos, que daño sufre una persona, cuando otra conduce su vehículo en estado de ebriedad sin ocasionar daño en concreto a un transeúnte?, la Corte Suprema señala que es necesario indemnizar por afectar derechos existenciales de esas personas, ¿cuáles y en qué medida se afectó?, lo que sí se ha afectado es, al bien jurídico SEGURIDAD PÚBLICA, como bien jurídico penalmente protegido, es en aras de ese bien, es que se justifica el pago de la indemnización; por tanto, la fuente de la razón de ser de la indemnización, es de índole penal, el sustento de la reparación civil es pública

y no privada, al no identificarse al perjudicado o dañado civil; por eso termina diciendo que pese a que no se ha producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados y encarga que la jurisdicción penal determine su presencia y fije su cuantía imponiendo a los jueces penales tareas inútiles⁴⁶, generando confusión; cuando es posible la comisión de un delito, sin necesidad de daño, entonces, lo más cabal es no fijar las consecuencias civiles y no forzar criterios civiles que no existen⁴⁷; resultaría más fácil buscar reparaciones civiles por los daños colaterales, derivados o fronterizos a la conducta penal desplegada en los delitos de peligro abstracto o cualquier otro hecho punible con apariencia delictiva, pero que al final se absolvió del delito.

Resumen, el Código Penal de 1991 y el propio Acuerdo Plenario No 6 – 2006, pretendieron acercarse más al sistema civil privado de reparación, si bien pretendieron justificar la existencia de dos tipos de responsabilidades emergentes de un mismo hecho, la naturaleza de la responsabilidad penal tiene su sustento en la infracción penal (o en la alteración del ordenamiento jurídico para el caso de un delito de peligro abstracto) y la naturaleza de la responsabilidad civil tiene su sustento en el daño; pero no se plantearon que ese daño pudiera ser fuera del contexto de la comisión de un delito, pero que el daño se produjo, anexo, fronterizo, colateral a un hecho con apariencia delictiva, que finalmente fue desestimado por sentencia absolutoria o por un auto de sobreseimiento; la responsabilidad civil “*ex delicto*” quedaba incontestado, y la judicatura nunca utilizó al artículo 101 del Código Penal para ir al Código Civil y efectuar razonamientos con normas civiles e indemnizar, en los casos de sentencias absolutorias o sobreseimientos; pero eso no se planteó la jurisprudencia, quedando incontestadas miles y miles de pretensiones civiles en sede penal durante todos éstos años.

⁴⁶ PEÑA CABRERA, ob. cit. p. 692. Dirá: “...*el hecho que la reparación se determine conjuntamente con la pena no significa en modo alguno que a toda pena haya que anexársele una reparación civil, pues, no toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente. La clave de la bóveda, según Antón Oneca está en que no todo delito da lugar a responsabilidad civil, sino aquellos que produzcan un daño reparable (...) en los delitos de peligro (...) es muy difícil determinar la reparación, pues al no poder precisar lo lesionado resulta una tarea por demás inútil indagar el objeto a reparar*” (sic).

⁴⁷ Gaceta Penal & Procesal Penal N° 98. agosto 2017, p. 45. Ver el artículo denominado: “Análisis de la reparación civil en los delitos de peligro abstracto” de Elizabeth Villanueva Juipa.

2.2.10 La Acción Civil en el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N°638 de 1991)⁴⁸

Solo realizaremos la cita y un breve comentario de las normas que están en la línea de nuestra investigación; comenzaremos con el artículo I del TP, con una norma muy atractiva a todos, pero en especial a la víctima señala: *“Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y falta como medio protector de la persona humana y de la sociedad”*, el principio de prevención general, es para evitar la comisión de delitos, por el hombre en contra de otro hombre denominado víctima, precisamente ese sistema protector es en favor del perjudicado y dentro del sistema penal, tiene necesariamente que atenderse orgánicamente sus pretensiones civiles. El artículo 92 señala *“La reparación civil se determina conjuntamente con la pena”* lo cual quiere decir, que la sede penal no es ajena a las pretensiones civiles que pueda tener la víctima y por ello autoriza al juzgador quién, al momento de emitir la sentencia condenatoria, donde impone la pena, también tiene que pronunciarse sobre el pago de la indemnización que haya sido solicitado por el Fiscal o por la víctima constituyéndose como actor civil respecto a un extremo civil de origen privado. El artículo 93 señala el contenido de la reparación civil, esto es, comprende no solo la restitución del bien, que puede realizarse de manos del ofensor o de terceros, así la reparación en el fondo es una auténtica acción reivindicatoria; o si no es posible, el pago de su valor, asimismo la indemnización comprende los daños y perjuicios, es decir, el daño emergente, el lucro cesante, del cual no puede dejar de considerarse el daño a la persona y el daño moral. Otro efecto procesal importante que consigna la ley, es el tema de la acumulación accesoria de acciones y que ella puede ser subsidiaria, tal como queda consignado en el artículo 95 que a la letra dice: *“La reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados”*. El Código Penal de 1991, siguiendo el sistema de apertura sucesoria consignado en el artículo 664 del Código Civil de 1984 determina que la reparación civil se trasmite por sucesión, señalando que: *“La*

⁴⁸ Edición Oficial del Código Procesal Penal, publicado en Separata Especial del diario Oficial El Peruano del día Sábado 27 de abril de 1991.

obligación de la reparación civil fijada en la sentencia se transmiten a los herederos del responsable hasta donde alcancen los bienes de la herencia. El derecho a exigir la reparación civil se transfiere a los herederos del agraviado". Respecto a la inextingibilidad de la acción civil, el legislador ha considerado que: *"La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal"*. Y finalmente el Código Penal tiene una norma de remisión al haber consagrado en el artículo 101 que: *"La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil"*; hay conciencia que el Código Penal no es suficiente para albergar todo lo que corresponda, a un adecuado ejercicio de la acción civil dentro de la acción penal, por ello señala que es aplicable el Código Civil, restituye que la acción civil tiene naturaleza privada y no pública, como señalaba la exposición de motivos del Código Penal de 1924, su aplicación es fundamental e insoslayable al momento del ejercicio de la acción y al señalar, quienes son los que deben asumir la obligación o quienes quedan excluidos de responsabilidad al momento de fijar la reparación civil. No podemos dejar de citar, una norma aplicable a personas jurídicas y son las relativas a las Consecuencias Accesorias que sufran aquellas en la comisión de un delito por sus representantes, al respecto es fundamental, para nuestra investigación, el artículo 104 del Código Penal donde se autoriza: *"El Juez decretará, 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 aquéllos, si sus bienes fueran insuficientes"*, al respecto es posible que, una empresa que se dedica al aprovechamiento de recursos mineros, realice contaminación por el hecho determinante de un tercero, en cuyo caso aquella podría ser excluida de responsabilidad penal, pero por responsabilidad subsidiaria civil tendría que responder el tercero y también la empresa por servirse de una actividad riesgosa o peligrosa, o tendría que ser absuelta, sin responsabilidad civil?, son temas que debería resolver el Código Penal de 1991, pero no lo hace, pero sí el juzgador hubiera echado mano a las normas de remisión – que el mismo código penal le autorizaba –, podría haber absuelto a la persona jurídica por

el delito, pero condenando civilmente al tercero civil responsable, sin necesidad de aplicar, el Código Procesal Penal del año 2004.

En resumen, el Código Penal de 1991, introdujo nada novedoso respecto de la reparación civil, mantuvo su regulación sobre la responsabilidad civil en sus normas, pero agregó una norma fundamental que es el artículo 110 señalando “*La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil*” es decir, persistía en reiterar que la acción civil en sede penal tiene sus normas, pero al señalar que debía regirse además con las normas del Código Civil, no desconocía que la acción civil tenga naturaleza pública, sino que podría tener naturaleza privada, por ello del adverbio de intensidad “*además*”, con lo cual reafirmó la confusión sobre la naturaleza jurídica de la “*acción civil ex delicto*”. Es fácil advertir de las normas positivas de cada uno de los códigos analizados, que la legislación fue de zigzag en materia sobre la naturaleza jurídica de la acción civil emergente del delito. En conclusión, este Código no introdujo la responsabilidad civil “*ex damno*”, con presupuestos muy parecidos, pero no iguales a la llamada responsabilidad civil “*ex delicto*”, contenida aquella en el artículo 12, 3° del Código Procesal Penal actual.

2.2.11 La Acción Civil en el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo No 957 de 2004)

El NCPP, fue promulgado el día 29 de julio del año 2004, legisla sobre la víctima, el agraviado y el actor civil conforme se aprecian de los Títulos IV, Capítulo I y Capítulo II ya en forma más sistemática, en la Sección I sobre la Acción Penal, le agrega una Sección II denominada sobre la Acción Civil y el artículo 12 es trascendental para la víctima y el agraviado, pues consagra el derecho del ejercicio alternativo de la acción civil; si aquellos acuerdan no constituirse en actor civil, entonces están eligiendo que sus derechos pueden ser tramitados en sede civil, pero una vez que optaron por ésta ya no puede deducir sus pretensiones en sede penal, así lo indica expresamente el artículo 12 ordinal 1 del NCPP, pero, si los agraviados acuerdan constituirse en actor civil, una vez optado por la sede penal, ya no pueden recurrir a sede civil,

salvo que el actor civil se desista de su pretensión de reparación civil en cuyo caso podrá ejercerlo en sede civil; una consecuencia determinante de la alternatividad es que si optó por recurrir a sede penal, la acción civil pasa a ser accesoria de la acción penal; los derechos emergentes de la reparación civil, por el daño ocasionado del delito, depende en principio de la acción penal. Si la acción penal es la principal y ésta es estimatoria, es decir, el procesado, es condenado por la comisión del delito, no significa automáticamente que la acción civil resarcitoria debe ser estimatoria, a pesar de ser accesoria; por eso es necesario tener en cuenta las posiciones bastante escuetas de la doctrina nacional; al respecto el maestro Luis Bramont Arias dice: *“Bien mirada las cosas, no es el delito lo que afecta intereses individuales, privados o patrimoniales y exige la aplicación de una sanción civil, sino el hecho calificado como ilícito, que al mismo tiempo genera responsabilidad delictual y civil, dos valoraciones distintas, entre ellas sólo existiría un vínculo de conexión, no se confunden⁴⁹*, por su parte Peña Cabrera dirá⁵⁰: *“La clave de la bóveda, según ANTÓN ONECA esté en que no todo delito da lugar a responsabilidad civil, sino aquellos que producen un daño reparable a responsabilidad. En casos de imperfecta realización del tipo, por ejemplo, tales como la tentativa de homicidio o de robo, la reparación se determinará a través de la indemnización de las lesiones infringidas o por la restitución del bien fracturado; sin embargo, en los delitos de peligro, tales como la tenencia de armas, el de conducción de automóvil en estado de ebriedad (art. 274), y otros, es muy difícil determinar la reparación civil, pues al no poder precisarse lo lesionado resulta una tarea por demás inútil indagar el objeto a reparar”*; años más tarde, por su parte el profesor César San Martín, en forma similar, dice: *“Lo esencial es, por consiguiente, tener muy en claro: a) que el delito sólo originará el ejercicio de la acción civil en la medida que produzca un daño, presentando dificultades cuando se trata de delitos de imperfecta realización o de delitos formales de peligro abstracto⁵¹*. Entonces,

⁴⁹ BRAMONT ARIAS, Luis. “Código Penal” comentado. Lima 1995. Edición San Marcos. p. 295. Analizando la conexión entre la acción penal y la civil, p. 295.

⁵⁰ PEÑA CABRERA, Raúl. “Tratado de Derecho Penal”. Estudio programático de la parte general. 3ra edición. Editorial Grijley. Lima 1997. p. 692.

⁵¹ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Editorial Grijley. Lima 1999. p. 238.

desde la doctrina nacional más lúcida desde don Domingo García Rada, pasando por el profesor Luis Bramont Arias, Peña Cabrera y actualmente a César San Martín Castro, tenemos que el ejercicio de la acción penal y el ejercicio de la acción civil, pueden ser ejercitadas alternativamente en sede penal o en sede civil; elegida determinada sede judicial penal o civil, se cierra el acceso a la otra sede; igualmente si decido ejercitar la acción penal en sede penal, la acción civil será ACCESORIA a aquella; a pesar de esa accesoriedad, debemos entender conforme a la doctrina que antecede al Código Procesal Penal Peruano de 2004, que la presencia de un delito, no significa automáticamente que tenga que resarcirse el daño producido, una vez más magistralmente Domingo García Rada dice: *“el derecho a la reparación nace con el delito. La sentencia no crea el derecho, sino la exigencia legal para hacerla efectiva. La acción civil es objeto accesorio de la penal. El delito es condición necesaria pero no suficiente. Puesto que puede desaparecer y sin embargo subsistente la acción civil”*⁵². Si bien el maestro, no desarrolla exhaustivamente en qué casos se puede indemnizar, a pesar que el delito ha desaparecido; justamente nuestra investigación pretende detectar cuáles son esos casos en los que a pesar que no hay delito, o se ha extinguido el delito, la reparación civil es posible; el mismo maestro señala por ejemplo que de conformidad con el artículo 126 del Código Penal de 1924, la amnistía suprime legalmente el hecho punible, pero deja subsistente la reparación civil; también señala que puede haber acción penal sin pretensión económica, cuando se dicta una medida de seguridad; o no puede haber pretensión penal, pero sí pretensión civil, como es el caso de delitos contra el patrimonio entre parientes con estrecho vínculo familiar conforme al artículo 260 del Código Penal de 1924, entonces no cabe reclamar nada en la vía penal, dictando una postura acorde a su espacio tiempo dice: *“pues ésta no está expedita – la acción penal -, tiene que dirigir su acción indemnizatoria por la vía civil. La existencia del proceso penal es presupuesto necesario para ejercitar la acción civil. Cuando se desecha la acción penal (por absolucón, prescripción o porque solo se dicta una medida de seguridad), la acción civil desaparece. La no imposición de una sanción penal trae consigo la*

⁵² GARCIA RADA, Domingo. “Manual de Derecho Procesal Penal”. Sexta Ed. Lima 1980, p. 86.

*desaparición de la acción civil derivada de delito. En tales casos, la víctima tiene que recurrir al juicio ordinario*⁵³; el maestro Domingo García, sostenía que si la acción penal no está expedita, desaparece la acción civil, en tales casos la víctima tiene que recurrir a sede civil, entonces es posible ir a sede civil a perseguir el mismo hecho, pero como ilícito civil⁵⁴; tal posición es coherente desde el punto de vista procesal pues si la acción penal es desestimada, y como quiera que la acción civil es accesorio, ella sigue la suerte del principal, y no puede ser ejercitada en sede penal; pero al mismo tiempo dice, entonces *“la víctima tendrá que recurrir a sede civil”* se supone a reclamar los daños ocasionados por un hecho que dejó de ser delito, pero que es un ilícito civil con capacidad para generar el pago de daños y perjuicios en sede civil; el mensaje es HAY DOS ILÍCITOS, UNO PENAL y OTRO CIVIL, postura que no es correcta, pues el hecho como fenómeno voluntario es UNICO, estamos ante UN SOLO HECHO aquella posición fue asumida de la propia doctrina civil nacional, que hablaba de dos ilícitos, con consecuencias diferentes; sin embargo, pese a las limitaciones del maestro, no de su genio, sino de las medidas normativas, se adelantó a su tiempo y enseñó que la sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, no eran impedimentos para dictar el pago de la REPARACIÓN CIVIL, solo que ella no puede hacerse en la misma sede, sino tendrá que hacerse en sede extra penal. Posteriormente, también es interesante la postura de Bramont Arias, quien sostiene que, la ausencia de tipicidad objetiva del tipo no afectan por regla general a la reparación civil, siempre que el hecho haya producido un daño, en los casos de inimputabilidad la reparación civil persiste, y se debe reclamar a terceros, con arreglo a lo preceptuado en los artículos 1975 y 1976 del C.C., en los casos de existencia de error de prohibición o de causales de exculpación, la reparación civil proveniente del delito no resulta afectada, subsiste y en los casos de excusas absolutoria, subsiste igualmente la reparación civil, como lo pone de manifiesto el artículo 208 del C.P.⁵⁵

Este panorama sentado por Domingo García Rada fue pacíficamente aceptado por todos, por la doctrina, la jurisprudencia y la propia legislación

⁵³ GARCIA RADA, ob. cit. p. 88/89.

⁵⁴ GARCIA RADA, ob. cit. p. 92.

⁵⁵ BRAMONT ARIAS, ob. cit. p. 296.

procesal penal, desde entonces hasta la actualidad, pero con la entrada en vigor del nuevo modelo procesal penal; ésta ideología tiene que mutar, pues el sistema de *“responsabilidad civil ex delicto”* se quedó petrificado solo para los casos en que exista condena penal, a dicho sistema, se ha adicionado el sistema de *“responsabilidad civil ex damno”* contenido en el artículo 12, 3° del NCPP, señala que: *“La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda”*, eso quiere decir, que si se produce un delito y el agraviado decide ir a sede penal a reclamar la indemnización, tendrá que someterse a formular su acción civil, como accesoria de la acción penal, pero si la acción penal se extinguiera o no estuviere expedita, y trae como consecuencia el dictado de una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, ello no quiere decir, que el mismo órgano jurisdiccional no pueda pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible, al contrario sí puede pronunciarse, con ello estamos acogiendo una posición universal; la acción civil es independiente de la acción penal, aunque los HECHO HISTÓRICOS sean único, nada impide que, por ese mismo hecho (que absolvió o dictó el sobreseimiento) el Juez tenga que condenar CIVILMENTE al responsable, en la misma sede, y por el mismo Juez. Con el sistema anterior, si un imputado era perseguido por determinado delito y el juez emitía una sentencia absolutoria o dictaba un sobreseimiento, la acción penal fenecía y con él la acción civil, posición errada que lo hemos mantenido durante muchísimos años hasta la actualidad – obviamente dentro del sistema del Código de Procedimientos Penales-, con el cual nuestros jueces no dispensaron tutela judicial adecuada a las víctimas; pues la ley no prohibía expresamente que si una persona era absuelta ella podría ser condenada civilmente, no existía norma que así lo ordenara o dispusiera, fue nuestra doctrina, nuestros legisladores y nuestra jurisprudencia omisa e insensible a criterios de razonabilidad, equidad y tutela eficaz y no fue capaz de construir un sistema de resarcimiento dentro del mismo proceso penal, para cuyo caso procedió a enviar a las víctimas a sede civil a reclamar sus derechos, o simplemente con sus sentencias absolutorias o sobreseimientos cerraron el debate, pues las víctimas se desalentaron a recurrir a sede civil a iniciar todo una reclamación por un mismo hecho que le fue adverso en la vía

penal; eso decepcionó a las víctimas creando un sistema penal ineficiente y caduco a los avances del derecho, creemos que se ha corregido con el dictado del artículo 12, 3° del Código Procesal Penal; pero tampoco autoriza al Juez a dictar el pago de REPARACIÓN CIVIL en todos los casos o en la mayoría en que dicta sentencia absolutoria o dicta el auto sobreseimiento, sino que el legislador le ha puesto límites al poner dos supuestos más, la presencia de un *“hecho punible válidamente ejercitado”* apreciable sustantivamente y que la aplicación de la norma solo es posible: *“cuando proceda”* apreciable procesalmente cuando se presenta un daño con todos los requisitos cumplidos; eso es la parte complementaria de ésta investigación, que lo enunciamos inicialmente, como parte del sistema histórico cumplido hasta la actualidad.

En Resumen, la promulgación del Código Procesal Penal a través del Decreto Legislativo No 957 del año 2004 y que entró en vigencia el día 1 de Julio del año 2006 en el distrito Piloto de Huaura, no eliminó el sistema de responsabilidad civil *“ex delicto”*, sino que fue el primer código que introdujo el sistema de responsabilidad civil *“ex damno”* en los casos que no hubiera condena o existiera un sobreseimiento, que no permite seguir persiguiendo la acción penal, es posible dictar los extremos de la reparación civil, sobre la acción civil, cuando proceda y corresponda, retornando en consecuencia, a su naturaleza privada y no pública; diseñando un *“sistema dual de reparación civil”*.

III EL EJERCICIO ACUMULADO DE LA ACCIÓN CIVIL A LA ACCIÓN PENAL EN EL DERECHO COMPARADO.

3.1 En España

El Código español de 1995, en el Capítulo I habla sobre la responsabilidad civil y su extensión, el artículo 109.1 es puntual en sostener que: “1. *La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados*”; y el ordinal 2. *El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil*”; pero a ello debemos agregar la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, de septiembre de 1882 en sus artículos 100 y 111 sostienen textualmente que: “*De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible*” y el Artículo 111 dirá “*Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme, salvo siempre lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 6 de este Código*”; éstas normas han llevado a sostener al profesor Jesús María Silva Sánchez que “*en los países en los que existe un sistema de **action civile** cabe la posibilidad de que la sentencia judicial que pone fin al proceso penal no sólo se pronuncie sobre la pretensión punitiva del Estado, sino también sobre pretensiones de contenido patrimonial que guardan una determinada relación con el delito enjuiciado; en otros términos los jueces y tribunales penales puede decidir no sólo sobre la responsabilidad penal del imputado sino también sobre la responsabilidad civil derivada del delito*”; sin embargo críticamente acota que:

“(…)éste sistema de acumulación de pretensiones (penal y civil) en el mismo procedimiento (penal) no sólo se halla en crisis, sino que, por lo que parece, incluso se propone desde instancias internacionales como modelo de política jurídica para los países que tradicionalmente han carecido de él. Sin embargo – es consciente -, tampoco puede ocultarse que la referida acumulación nunca ha estado exenta de problemas terminológicos, de fundamentación y, por esto último, también de aplicación práctica”⁵⁶. Estamos, pues ante una institución que tiene antecedentes muy remotos frente al nuestros códigos, donde recién los venimos conociendo; y por lo mismo puede resultar muy complicada su aplicación, de no tener una judicatura nacional consciente de las aristas que tiene la institución y para que no fracase su aplicación, es que no basta directivas generales, se precisan de normas más puntuales, como propondré al final.

3.2 En Italia

El artículo 88 del Codice di Procedura Penale de Italia, en el artículo 88, numeral 2 da la posibilidad, que en la misma sede penal, se puede discutir la responsabilidad penal y la civil; e inclusive la exclusión de la responsabilidad penal no afecta al ejercicio de una acción civil de indemnización y daños y perjuicios; en igual sentido el artículo 75 permite haya una relación directa entre la acción civil y la acción penal, sosteniendo que la acción civil deducida ante los tribunales civiles pueden ser transferidos al proceso penal, con lo cual admiten que en un solo proceso se tenga que ver dos tipos de competencia la penal y la civil, y ninguno excluye a la otra, ambos gozan de autonomía, por tanto es posible que si se dicta una sentencia de sobreseimiento, ello no impide el ejercicio de la acción civil, en tal sentido el artículo 315 del Código procesal penal italiano dice: *“1. La solicitud de reparación deberá ser propuesta, bajo pena de inadmisibilidad, en el plazo de dos años a partir de la fecha en que la sentencia absolutoria o de condena haya adquirido firmeza la sentencia de sobreseimiento sea firme o haya sido llevado a la notificación de*

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. En In Dret. ¿“Ex delicto”? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal. Barcelona, julio de 2001.

la decisión de almacenamiento a la persona contra la que se pronunció de acuerdo con el apartado 3 del artículo 314.”; con esta norma se está reconociendo que la acción civil no necesariamente queda excluido si se dicta una sentencia absolutoria o una sentencia de sobreseimiento, pues la norma prevé que la acción civil así haya sentencia o auto que ha favorecido al imputado puede imponerse aquel pago, solo si ha sido intentado en un plazo no mayor de dos años; por consiguiente es otro sistema, pero con consecuencias muy similares al artículo 12 ordinal 3 del NCPP, pero, nos parece rescatable el plazo para intentar el cobro de la reparación civil de dos años, muy similar al nuestro.

3.3 En Colombia

El Código procesal penal de Colombia promulgado por Ley No 600 del 24 de Julio del año 2000, en el artículo 57 precisa que *“Los efectos de la cosa juzgada penal absolutoria. La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa”*. Esto quiere decir que el legislador colombiano ha estimado qué si el hecho punible no se realizó, o que el imputado no ha cometido el hecho o que exista una causa de justificación como el cumplimiento de un deber o ha obrado en legítima defensa, no responderá de las consecuencias civiles; por tanto, el hecho se cierra definitivamente para la persecución penal y civil; de otro lado también el artículo 80 señala: *“Efectos de la extinción. La extinción de la acción penal producirá efectos de cosa juzgada. Sin embargo, no se extenderá a la acción civil derivada del injusto ni a la acción de extinción de dominio”* eso quiere decir, si el Fiscal luego de una investigación preliminar concluye disponiendo el archivo de la investigación por sostener alguna causal de extinción de la acción penal (sea prescripción, amnistía, indulto u otra similar), la acción civil no se extingue, tranquilamente puede demandarse su pago en sede civil; pero si el caso fue judicializado, esto es el fiscal llegó a formalizar investigación preparatoria y al finalizar, cuando debe acusar o sobreseer, estima por lo

último, habrá fenecido la acción penal por ejemplo por prescripción, pero eso no impide de modo alguno al juez colombiano pronunciarse por las consecuencias derivadas del delito, es el mismo sistema que tiene el peruano en el artículo 12, 3° del NCPP; de manera similar puede suceder cuando se llega a la etapa del juicio oral si el juzgador estima que debe dictar una sentencia absolutoria, lo será para eliminar la acción penal, no para la civil, que tendrá que pronunciarse estimando o no; pero en éstos dos últimos casos – sobreseimiento o sentencia absolutoria –, se debe tener en cuenta, que si el hecho NO SE REALIZÓ o no lo realizó el imputado; el hecho fenecerá irremediabilmente en sus extremos penal y civil.

3.4 En Brasil

Dos normas fundamentales, que sustentan la acción civil “*ex delicto*” en el Código do Processo Penal, son el “*Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato*” y el “*Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime*” que traducidos dicen: “*Artículo 66. A pesar de la absolución en el juicio penal, la acción civil puede ser propuesta cuando no se ha hecho de la falta de material reconocida categóricamente*” y “*Art. 67 también no impide la interposición de una acción civil: I- la decisión de archivar la investigación o piezas de información; II- la decisión de despedir el castigo desaparecida; III- la absolución para decidir que el supuesto hecho de que no es un delito*”. Ambas normas reconocen la autonomía entre las acciones penal y civil; si la penal tuvieran como fin una absolución, ello no impide que la acción civil pueda seguir proponiéndose; inclusive la presencia de un archivo de la investigación, lo que se da en una investigación preliminar en nuestro medio, o la decisión de declarar que estamos frente a un hecho no punible o la presencia de una causa eximente de responsabilidad no eliminan las posibilidades de reclamar con éxito una acción civil. Si bien sus normas no

son tan contundentes, como nuestro artículo 12 ordinal 3 del NCPP, sí existe una línea de tutela efectiva a quien se vio afectada no del delito precisamente, sino de las consecuencias derivadas del mismo.

3.5 En Uruguay

El viejo ordenamiento procesal penal uruguayo, data desde la Ley No 15,032 de fecha 7 de Julio del año 1980 y que promulgó el Código del Proceso Penal, el mismo que, a la acción civil destina solo cinco artículos, en éste Código por ejemplo por mandato expreso, contenido en el artículo 25 se señala, que no podrá deducirse acción civil en sede penal, lo opuesto al sistema peruano; igualmente el artículo 27 insiste que la acción civil y la acción penal que se fundan en el mismo hecho ilícito deberán ejercitarse separada e independientemente en las sedes respectivas, es decir, reclama la intervención de la sede penal y de la sede civil, haciendo su justicia tal vez más onerosa; normalmente el artículo 28 señala que, primero debe iniciarse el proceso penal terminado éste recién debe iniciarse el proceso civil; pero puede ocurrir que el proceso civil se inicie antes, y después se tramita el proceso penal, la jurisdicción civil debe suspenderse hasta que se dicte la sentencia penal y luego puede reiniciarse la jurisdicción civil; el artículo 29 señala que *“las conclusiones de hecho de la sentencia penal y relativas a la culpabilidad del imputados, causas de justificación, de inimputabilidad y de impunidad, no podrán modificarse en la sentencia civil que se dicta sobre un mismo hecho, de modo tal que si una persona ha sido absuelta en sede penal, y si se trata del mismo hecho, en sede civil no puede ser condenada al pago de reparación civil alguna; pero el segundo párrafo de la norma en comento dice que la sentencia absolutoria y el auto de sobreseimiento, pasados en autoridad de cosa juzgada, extinguen toda la acción civil fundada en el delito. Quedan a salvo las acciones compatibles con tales sentencias, que el damnificado puede fundar en el mismo hecho, de acuerdo con la ley civil”*, ésta norma, entiendo abre la posibilidad de solicitar el pago de la reparación civil de consecuencias derivadas del delito, pero su redacción es bastante restrictiva para los agraviados. Todo ello ha variado con el ingreso del nuevo

Código del Proceso Penal, que entró en vigencia en dicho país el día 1 de noviembre del año 2017, a raíz de la dación de la Ley N° 19293, cuyo modelo pasó a ser acusatorio, adversarial, oral y público, agilizará el proceso pero con garantías, pero con arreglo a los artículos 101 al 104 no admiten la acumulación de acciones y debe realizarse en procesos separados, el civil y el penal; los temores de la doctrina internacional, como por ejemplo del maestro Jesús María Silva Sánchez, pueden haber tenido eco para no consagrar en su sistema la acumulación heterogénea de acciones.

3.6 En Costa Rica

*“El nuevo ordenamiento procesal penal costarricense, vigente por la Ley No 7594 Publicada en el Alcance 31 de La Gaceta 106 del 4 de junio de **1998**⁵⁷, contempla la posibilidad de ejercitar entro del mismo proceso penal la Acción Civil Resarcitoria, con el fin de lograr la restitución del objeto materia del hecho punible, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados por el mismo”.* Para los efectos de esta investigación es interesante el texto del artículo 40 del Código Procesal Penal costarricense, textualmente dice: *“Artículo 40.- **Carácter accesorio** En el procedimiento penal, la acción civil resarcitoria sólo podrá ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal. Sobreseído provisionalmente el imputado o suspendido el procedimiento, conforme a las previsiones de la ley, el ejercicio de la acción civil se suspenderá hasta que la persecución penal continúe y quedará a salvo el derecho de interponer la demanda ante los tribunales competentes. **La sentencia absolutoria no impedirá al tribunal pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria válidamente ejercida, cuando proceda**”.* Uno de sus comentaristas Nazira Merayo, dice al respecto: *“La idea de tramitar dos procesos, con trámite y pretensiones distintos, diferenciados por ley, pero tramitados en comunidad de sede y actuaciones, sea el penal y el civil, se da por razones de economía procesal y en nuestro medio se hace también en base al principio de justicia pronta y cumplida. Ello no excluye la posibilidad*

⁵⁷ Gobierno de Costa Rica - Respuesta del Gobierno del 6 de noviembre de 1981, Tomado de <http://hrlibrary.umn.edu/iachr/B/101-esp-7.html>. El Código entró en vigor el 1 de Enero del año 1998.

de incoar el reclamo en sede civil una vez definido el proceso penal, siendo que ambos o se tramitan dentro del proceso penal o se tramitan por separado, más no simultáneamente en ambas vías” La última parte de esta norma tiene como fuente directa al artículo 11 del Código de Procedimientos Penales de 1973 con texto muy similar y dice: *“Si la acción penal no pudiere conseguir por rebeldía o enajenación sobreviniente del procesado, la civil continuará ante los Tribunales Civiles correspondientes”*. De modo tal que Costa Rica, asumió su obligación de indemnizar a la víctima, aun cuando el imputado haya sido absuelto desde el año 1973, es decir, casi treinta años antes que nosotros.

3.7 En Chile

El Código de Procedimiento Penal de Chile promulgado el mes de diciembre del año 2000; prevé que es posible la acumulación de las acciones penal y civil, ésta como adhesiva, en el artículo 61 se sostiene que: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con posterioridad a la formalización de la investigación la víctima podrá preparar la demanda civil solicitando la práctica de diligencias que considerare necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda, aplicándose, en tal caso, lo establecido en los artículos 183 y 184. Asimismo, se podrá cautelar la demanda civil, solicitando alguna de las medidas previstas en el artículo 157. La preparación de la demanda civil interrumpe la prescripción. No obstante, si no se dedujere demanda en la oportunidad prevista en el artículo precedente, la prescripción se considerará como no interrumpida”*. Y el artículo 57 del mismo código es más contundente cuando sosteniendo la independencia de la acción civil, respecto de la penal y dirá: *“Independencia de la acción civil respecto de la acción penal. La circunstancia de dictarse sentencia absolutoria en materia penal no impedirá que se dé lugar a la acción civil, si fuere legalmente procedente”*; por con siguiente, el legislador chileno, ha establecido la posibilidad que si la acción penal y la acción civil, vienen acumulados en el proceso penal; y aquel fuera adverso a los intereses de la víctima, es decir, no existe causa penal, ello no impide al juzgador a pronunciarse sobre la acción civil, siempre que fuere procedente. Al respecto,

comentando el código procesal penal chileno, la tratadista María Horvitz Lennon dice que: *“esa aparente contradicción de absolver penalmente y condenar civilmente, tiene su explicación en el sentido que hay una diferencia entre los conceptos de certeza y razonabilidad que subyacen respectivamente bajo cada uno de los respectivos regímenes probatorios, el estándar de convicción en materia penal fue adoptado del derecho anglosajón para excluir la condena, cuando existan dudas razonables en el establecimiento de la responsabilidad penal, mientras que la responsabilidad civil se satisface con una probabilidad razonable de responsabilidad, de allí que pueda absolverse en sede penal y condenarse por las consecuencias civiles que produjo el hecho”*; la explicación histórica dice, está en el positivismo jurídico alemán, expresado en la figura de Binding, quien denunció una *profundísima diferencia esencial* entre ambas consecuencias jurídicas, situación que determinó – en el derecho alemán – una rigurosa separación entre la realización de la pretensión punitiva estatal, por un lado, y la eventual acción resarcitoria del ofendido, por el otro; agrega de su parte María Horvitz, que el *“actor civil no debe fundar su demanda en el carácter delictivo del hecho punible: puede fundarla en el mismo hecho histórico y en el carácter de ilícito civil de ese hecho o, alternativamente, en ambas características, la de ser un ilícito penal y civil; en efecto, determinante en este sentido es que las reglas del derecho privado tornen al demandado responsable por el daño producido y, como consecuencia, lo obliguen a reparar, conforme a las reglas del Código Civil”*; en suma concluye, que la responsabilidad penal y civil son independientes entre sí: puede haber responsabilidad penal sin que exista responsabilidad civil, como en el caso de un delito que no ocasiona daños pecuniarios, y, a la inversa, puede existir responsabilidad civil que no conlleve responsabilidad penal; así, por ejemplo, un hecho dañoso que no se halle tipificado en la ley penal. La independencia de ambas clases de responsabilidad se manifiesta, también, en la subsistencia de la primera no obstante la exención de la responsabilidad criminal declarada en el proceso penal, cuando ella se basa en la ausencia de culpabilidad; repitiendo a doctrina de su país de Barros Bourie dice: *“son causales de exención de responsabilidad civil ex delicto aquellos supuestos que habitualmente constituyen causales de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad penal, sólo existe controversia respecto de*

*quien se beneficia en el estado de necesidad justificante, pues en éste caso existiría un enriquecimiento sin causa que daría acción civil para demandar la restitución de la cosa y, eventualmente la indemnización de perjuicios, pero sólo en la medida de tal enriquecimiento, finaliza sosteniendo que éstos temas deben abordarse independientemente*⁵⁸.

3.8 En Venezuela

A pesar que en Venezuela, se ha promulgado últimamente el Código Orgánico Procesal Penal del mes de junio del año 2012, no se reconoce el ejercicio acumulado de la acción civil a la acción penal; sino que el Artículo 52 establece que: *“La acción civil se ejercerá, conforme a las reglas establecidas por este Código, después que la sentencia penal quede firme; sin perjuicio del derecho de la víctima de demandar ante la jurisdicción civil. La pretensión civil, cuando se trate de delitos previstos en la Ley contra la Corrupción, deberá ser formulada por el Ministerio Público conjuntamente con la acusación fiscal o de manera individual acompañando la sentencia condenatoria, pero corresponderá al Juez de Juicio pronunciarse sobre su admisibilidad, una vez que aquella sea definitivamente firme,...”*; en el proceso penal Venezolano, se tiene que esperar el final, si la sentencia penal es condenatoria, recién se puede demandar ante la jurisdicción civil el pago de la reparación civil; por tanto no es posible ejercerla en forma conjunta la pretensión civil adherida a la pretensión penal.

3.9 En Bolivia

El Código Penal de Bolivia de 1999⁵⁹ en el artículo 87 señala: *“Que toda persona responsable penalmente, lo es también civilmente y está obligada a la reparación de los daños materiales y morales causados por el delito”*; es decir, conforme a la doctrina legisla sobre la responsabilidad *“ex delicto”*; en el artículo 89 encontramos una norma muy interesante y sostiene

⁵⁸ HORVITZ LENNON, María Ines. Derecho Procesal Penal chileno. Tomo II, editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile julio 2005. p. 603/607.

⁵⁹ CÓDIGO PENAL. 1ra. Edición La Paz, Bolivia. Ediciones Cabeza de Cura, 1999, p. 128.

expresamente lo siguiente: *“Solo quedan exentos de responsabilidad civil los que se hayan amparados por una causa de justificación, excepto el causante del estado de necesidad. En los casos en que no se determine el causante, estarán obligados a la responsabilidad civil las personas en cuyo favor se hubiera precavido el mal, en proporción del beneficio obtenido por cada una de ella, y subsidiariamente, el Estado”*; bajo esa óptica, quien ha cometido por ejemplo una lesión dolosa, pero en legítima defensa, debe ser exento de pena, pero también exento de responsabilidad civil, dado a que ha operado una causa de justificación; y si el que cometió daños en la propiedad, actuando en estado de necesidad, también está exento de responsabilidad penal, pero no necesariamente de responsabilidad civil, debiendo en todo caso reparar los daños y perjuicios que habría ocasionado al salvar sus bienes en detrimento de los bienes de la víctima; de otro lado, lo que nos parece también interesante es cuando el legislador boliviano dice que cuando no se determine el causante del delito, estarán obligados a la responsabilidad civil todas las personas en cuyo favor se hubiere precavido la sanción penal y deben responder en forma mancomunada y de acuerdo al monto en que se hubieran beneficiado. Hay tres supuestos interesantes; si operó una causa de justificación como la legítima defensa, la irresponsabilidad es penal y civil; si operó un estado de necesidad hay irresponsabilidad penal, pero debe responder por la responsabilidad civil; y si hay duda debe absolverse a todos, pero eso no impide a que todos los que se benefician con la absolución, pueden responder civilmente, en forma que se ha indicado; admiten entonces que la sentencia absolutoria no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la responsabilidad civil; muy a pesar de no tener una norma similar como el Artículo 11, ordinal 3ro del CPP de Perú. El Código de Procedimiento Penal boliviano, conforme a la Ley No 1970 del 25 de marzo del año 1999, contiene normas también interesantes como el artículo 39 donde se menciona que *“La sentencia condenatoria ejecutoriada, dictada en proceso penal, producirá efecto de cosa juzgada en el proceso civil. La Sentencia absolutoria y el sobreseimiento ejecutoriados producirán efectos de cosa juzgada en el proceso civil en cuanto a la inexistencia del hecho principal que constituya delito o a la ausencia de participación de las personas a las que se les atribuyó su comisión”* de lo que se colige que si la sentencia penal determina que si el

hecho constitutivo de delito no existe o se determina la ausencia de participación del imputado, no podrá en sede civil perseguirse el pago de la indemnización, lo resuelto en sede penal vincula a sede civil, con lo cual solo en escasos casos como el mencionado en el párrafo anterior, no es posible condenar civilmente al que fue absuelto penalmente. Por su parte, el artículo 40 del Código Penal menciona que *“La sentencia ejecutoriada, dictada en el juicio civil, no impedirá ninguna acción penal posterior sobre el mismo hecho o sobre otro que con él tenga relación. La sentencia ejecutoriada posterior, dictada en el proceso penal no incidirá en los efectos de la sentencia civil pasada en cosa juzgada salvo cuando la absolución se funde en la inexistencia del hecho o en la no participación del imputado”*, con ésta norma consagran que la cosa juzgada civil no puede enervar posteriormente a lo que se vaya a sentenciar penalmente, es decir, la acción penal no se puede detener por la sentencia civil; empero la sentencia penal a su vez no puede influir a lo que se ha resuelto en sede civil; pero si se acredita penalmente, que el hecho no existe o que se acredita la no participación del imputado, entonces la sentencia civil puede verse afectado; con lo cual creo firmemente que nos están diciendo procesalmente que la sentencia absolutoria penal, no impedirá la condena civil del absuelto, salvo que se acredite que el hecho sustento del delito no existe o que se acredite la no participación de imputado; por consiguiente en ambos supuestos, no es posible condenar civilmente al absuelto. Con una diferencia, que ellos no pueden dentro de la misma sentencia pronunciarse por la pretensión penal y luego por la pretensión civil, sino tienen que aperturar un proceso penal independiente y otro proceso civil independiente, conforme a lo que preceptúa el artículo 37 y 38 del Código de Procedimiento Penal⁶⁰. En conclusión, el juez penal no ejerce el Principio de *“competencia adhesiva”* o Competencia *“secundum eventum litis”*; estando arraigado en ellos el Principio *“non liquet”* esto es que, al no estar claro la responsabilidad en las sedes penal y civil, es preferible abrir las dos sedes para que se pronuncien por las responsabilidades en cada caso, obviamente si la civil se apertura primero, debe detenerse hasta que se dicte la sentencia

⁶⁰ Nuevo Código de Procedimiento Penal. Ley No 1970. U.P.S. Editorial S.R.L., La Paz. Bolivia. junio 2007.

en sede penal, pues ésta es la que tiene prioridad sobre el resultado de aquella.

3.10 En Argentina

El Código Procesal Penal de la Nación de Argentina, fue promulgado por la Ley No 23984 del 21 de agosto del año 1991; en el Capítulo II destinado a regular sobre la Acción Civil, en el artículo 16, cuando legisla sobre la oportunidad sobre el ejercicio de la acción civil dice: *“La acción civil sólo podrá ser ejercida en el proceso mientras esté pendiente la acción penal. **La absolución del procesado no impedirá al tribunal penal pronunciarse sobre la acción civil, en la sentencia**”*. Como se puede apreciar el Código adjetivo penal de Argentina también reconoce la vigencia del sistema de la responsabilidad civil *“ex delicto”*, pero condiciona la vigencia del ejercicio de la acción civil, solo al supuesto a que la acción penal se encuentre pendiente de ser resuelta en el proceso penal; pero tampoco nos dice bajo que presupuestos, se declara fundada la acción civil, cuando se ha dictado una sentencia absolutoria; no habla nada respecto a un auto de sobreseimiento; solo se pone en el supuesto de la existencia de una sentencia absolutoria.

3.11 En República Dominicana

Este país se ha alineado a un sistema acusatorio y adoptado también su estructura y funcionamiento orgánico, para ello han promulgado, en Santo Domingo de Guzmán, el 19 de Julio del año 2002, el Código Procesal Penal, y en el Capítulo II del Ejercicio y Régimen de la Acción Civil, específicamente en el artículo 53 se dice textualmente: *“Carácter accesorio.- La Acción Civil accesoria a la acción penal sólo puede ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal(...) **La Sentencia absolutoria no impide al juez pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria válidamente ejercida, cuando proceda**”*; ellos tienen un sistema procesal cuatro años antes que el nuestro, donde tienen una norma muy similar al artículo 12 ordinal 3ro del

NCPP, aunque su ámbito ha dejado un vacío respecto al archivo en sede de investigación preliminar y respecto al sobreseimiento en la etapa intermedia.

3.12 En República del Salvador

Este país centro americano, tiene su Código Procesal Penal, vigente desde el día 4 de Diciembre del año 1996 y que entró en vigencia dos años después; puntualmente en el Capítulo II destinado a la Acción Civil, en el Art. 42 se reconoce que *“La acción civil derivada de los hechos punibles, se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, contra los autores y partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable”* con el cual establecen una *“competencia secundum datum”* es decir, que el juez penal también tiene competencia, para conocer de la acción civil; en tanto que son conscientes de la llamada responsabilidad civil *“ex delicto”*, pues en cuanto a la forma de ejercitarla, sostienen en el Art. 43 que: *“En los delitos de acción pública, la acción civil contra los partícipes del delito será ejercida conjuntamente con la acción penal. Sin perjuicio de que pueda intentarse ante los tribunales civiles o mercantiles, pero no se podrá promover simultáneamente en ambas competencias”*, en cambio ellos sí han abordado el tema del sobreseimiento y cuando sostienen por su procedencia dicen en el Art. 46, *“Cuando proceda el sobreseimiento, y se trate de los casos a que se refiere el número 2 del artículo anterior, el juez antes de proceder al correspondiente auto se pronunciará sobre la responsabilidad civil, de conformidad a la prueba aportada”*; eso quiere decir, que si hay un sobreseimiento basado en cualquiera de las causales del artículo 45, entre las cuales están algunas eximentes, como inimputabilidad, ello no impide al juez pronunciarse sobre la acción civil cuando corresponda, lo que quiere decir, que son perfectamente conscientes que la acción penal y la acción civil gozan de autonomía y no pueden mezclarse; lo que quiere decir, que en el caso de sentencia, si hay una sentencia absolutoria luego de un juicio pleno, ello no impide al órgano jurisdiccional, pronunciarse eventualmente, sobre las consecuencias civiles emergentes.

3.13 En el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica

Este código que data de **1989**, en el CAPITULO 4, referida a LA REPARACIÓN PRIVADA de la SECCIÓN 1ª sobre la ACCIÓN CIVIL en el artículo 87 señala: *“Carácter accesorio y excepciones. La acción reparatoria sólo puede ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal. Sobreseído, clausurado, archivado, paralizado o suspendido el procedimiento, conforme a las previsiones de la ley, cesará el ejercicio de la acción reparatoria, en su caso, hasta que la persecución penal continúe ya salvo el derecho de proponer la demanda ante los tribunales competentes específicamente, por la vía del procedimiento civil. Sin embargo, después del debate, **la sentencia que absuelva al imputado o acoja una causa extintiva de la persecución penal, deberá resolver también sobre aquella, cuando hubiera sido introducida válidamente; de la misma manera, el Tribunal de Casación deberá resolver también la cuestión civil válidamente introducida, a pesar del sobreseimiento (absolución anticipada) o la absolución pronunciados con posterioridad a la impugnación de la sentencia o cuando sólo se recurrió el capítulo civil de la sentencia”**.*

Resumen. Es indudable que la institución sobre la acumulación heterogénea de acciones, fue adoptada del Código Procesal Penal Tipo en Latinoamérica, el primero en asumirlo fue Costa Rica, ocho años, antes de la vigencia del Código Procesal Penal peruano, que adoptó el sistema de la responsabilidad civil **“ex delicto”**, por tanto, sostuvo la presencia de una sentencia absolutoria o una causal extintiva de la responsabilidad penal o de un sobreseimiento no impiden al órgano jurisdiccional pronunciarse por la responsabilidad civil que haya sido introducido válidamente; pero no desarrolla en qué casos sería procedente, lo mismo sucede para los casos de Argentina, República Dominicana y República del Salvador. España admite que dictado la sentencia absolutoria se puede pronunciar por la acción civil, pero queda fijado solo para los casos de eximentes o causas de justificación

debidamente establecidas, es decir, no son para todos los casos en que tenga que indemnizarse por la acción civil. En Italia, también se admite que dictado la sentencia absolutoria se pueda pronunciar por la acción civil, pero lo restringe a determinados casos. En Colombia se ha determinado que si el hecho punible no se realizó, la clausura de la acción penal y de la civil es definitiva, no hay posibilidad de pronunciamiento de ésta última. En Brasil, se puede solicitar el pago de la indemnización, dictado la sentencia absolutoria, pero ello todavía no está debidamente regulado como en nuestro medio. En Uruguay, no es posible intentar la persecución de la acción penal y civil en el proceso penal, tendría que terminar la acción penal y la acción civil queda reservada para ejercitarse en sede civil, situación que se ha mantenido desde el modelo procesal penal anterior, y en el nuevo código procesal penal, su legislación es muy prudente al respecto, por lo que la acción penal se tramita en el proceso penal y la acción civil se tramitará en el proceso civil; eso rompe la hegemonía de la postura que se ha adoptado mayoritariamente. En Chile y Bolivia, se reconoce la independencia del ejercicio de la acción penal de la acción civil, de modo tal que marchan separadas, pero solo sí se da un caso de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad penal, el juez puede pronunciarse de la acción penal, pero también de la acción civil, sólo existe controversia respecto de quien se beneficia en el estado de necesidad justificante, en todo caso habría un pronunciamiento del juez penal por la acción civil indemnizatoria. En Venezuela no se admite, que dictado la sentencia absolutoria, se tenga que indemnizar por las consecuencias derivadas del delito, en todo caso ello no impide se pueda perseguir el hecho en sede civil.

IV. "NATURALEZA JURÍDICA⁶¹ DEL EJERCICIO ACUMULADO DE LA ACCIÓN CIVIL A LA ACCIÓN PENAL. PRESUPUESTOS (VARIABLES⁶²). POSTURA PERSONAL

En este capítulo debo dar respuesta a la pregunta principal formulada en mi tesis: *¿Cuál debería ser la interpretación adecuada de la acumulación de la acción civil a la acción penal y de los alcances del artículo 12 ordinal 3° del NCPP del año 2004?* Y con ello lograr el OBJETIVO principal, lograr la interpretación adecuada de la institución en investigación, comprendiendo los alcances de cada variable. Para llegar a ello debemos asumir algunos presupuestos materiales específicos que se encuentran comprometidos, como son:

4.1 De la Acumulación Heterogénea de Acciones (S. Trialista)

En la doctrina y legislación internacional señala que *“la naturaleza jurídica de la responsabilidad “ex delicto” tiene naturaleza civil y no pena⁶³; si bien en nuestro sistema parece no complicado éste hecho si consideramos que “la responsabilidad sólo puede ser contractual o aquiliana, podríamos concluir, que estamos ante un supuesto de responsabilidad civil pura o*

⁶¹ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, señala que indagar sobre la naturaleza jurídica, implica abordar a la institución en cuanto a su esencia, caracteres fundamentales y propiedades. Tomo IV. 14° edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1979. p. 516.

⁶² HERNANDEZ SAMPIERI y otros. “Metodología de la Investigación”. México. Tercera Edición. Nos señala sobre las VARIABLES lo siguiente: *“Una variable es una propiedad que puede variar y cuya variación es susceptible de medirse u observarse (...) las variables adquieren valor para la investigación científica cuando llegan a relacionarse con otras (...).* P. 143 y siguientes.

⁶³ GÓMEZ ORBANEJA, “La acción civil derivada del delito”. p. 185. En igual sentido JIMENEZ ASENJO. “Derecho procesal penal, t. II, Madrid s/f, p. 108.

*extracontractual, es decir, aquella que proviene de un acto u omisión ilícito; frente a ésta posición se alza la posición de quienes dotan a la responsabilidad “ex delicto” de una sustantividad propia, algo así como especie del género de la responsabilidad civil pura*⁶⁴. Es aceptado por todos en sede penal y dentro de éste único proceso, la posibilidad del ejercicio conjunto de acciones penal (de carácter público) y la civil (de carácter privado), de allí que se llama acumulación heterogénea de acciones por encontrarse ambas acciones diferentes en una sola sede: la penal; éste es producto del mandato del legislador, por ejemplo, en el caso español, el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que admite, que un delito genera dos tipos de responsabilidades la acción penal y la acción civil, y que ésta puede generar la restitución del bien o su indemnización – daños y perjuicios - en el caso que no se pueda devolver. A pesar que habían dos tipos de responsabilidades, en el sistema español Pantaleón Prieto dice: “*es un error hablar de responsabilidad civil derivada de delito como algo distinto de la responsabilidad extracontractual, **pues ambas tienen la misma fuente de origen**; pues el delito no es fundamento de la reparación civil necesariamente, siendo así, el fundamento del resarcimiento causado a la víctima, e imputable al victimario (que no necesariamente es responsable del delito), dado que no es delito el fundamento de la primera, sino, al igual que el de la segunda, el daño causado al perjudicado, atribuible al responsable (que puede no ser el responsable del delito) por haberse establecido un puntual tema de imputación civil*”⁶⁵. En conclusión, la doctrina extranjera sostiene que, cometido un ilícito penal o presuntamente penal, solo hay un solo hecho histórico **conexo**⁶⁶, el civil no depende del penal, ni éste de aquel, ambos tiene

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María InDret. ¿”ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal. Barcelona, Julio de 2001. Pag www.indret.com. Igual posición comparte QUINTANO RIPOLLÉS, “La acción tercera” o “cuasi criminal”, p. 935. Sigue también SERRANO BUTRAGUEÑO “La responsabilidad civil derivada del delito”, p. 645.

⁶⁵ PANTALEÓN PRIETO, “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984”, p. 1962.

⁶⁶ DIEZ PICAZO Giménez. dice: “*Ningún ordenamiento procesal admite que en un solo proceso se ventilen acciones absolutamente inconexas, puesto que, si no existe identidad entre ninguno de los elementos identificadores de las acciones, no concurre ninguno de los fines que con la acumulación se pueden alcanzar: la economía procesal y/o la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios*”. “La Acumulación de Acciones en el proceso civil”, TJ, numero 2, 1997, p.141. Como afirma GUASP, J. dice: “*En efecto, cuando una pretensión es **conexa** a otra, es decir, cuando tiene en común con ella alguno de sus elementos definidores: sujetos, objeto y título, es cuando aparece la necesidad o la conveniencia de su acumulación. El problema de **conexión** está, por lo tanto, estrechamente ligado al*

criterios de imputación distintos y pueden ser fuente de responsabilidad penal y civil al mismo tiempo⁶⁷, aunque nacen de un solo hecho.

A nivel nacional ya se enunciaba sobre la Acumulación heterogénea de acciones, en la siguiente expresión: *“Estos extremos relativos al régimen procesal de la acción civil ejercitada en el proceso penal, evidencian en última instancia que la acumulación por el origen delictivo de la misma, ni por su naturaleza pública, sino simplemente por razones de conveniencia para los sujetos procesales, en especial para la víctima, por economía procesal en favor del Estado y por política criminal, que nada tienen que ver con su naturaleza jurídica”*⁶⁸. Aquellas posturas del derecho comparado extranjero son disímiles a la doctrina nacional, que pretende identificar dos ilícitos: uno penal y otro civil, o que el civil sirve de sustento y reproche del daño ocasionado o que el daño es sustento de la ejecución de la pena suspendida como sostuvo el Tribunal Constitucional peruano⁶⁹, por su parte, el Poder Judicial ha mencionado, que las consecuencias del delito no se agotan con la imposición de una pena o medida de seguridad, sino que surge la necesidad de imponer una **sanción reparadora**, que: *“tiene 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 jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delictio, infracción /daño, es*

de la acumulación procesal, ya que la conexión es siempre la causante de la pluralidad de objetos procesales”. Derecho Procesal Civil”. Madrid 1956. p. 261.

⁶⁷ GOMEZ ORBANEJA, sostiene: *“actúese la pretensión civil en el mismo juicio o independientemente en el proceso civil, el efecto penal no es una causa de la condena civil. Pero la causa de ésta es parcialmente la misma de la pena; esto es, el mismo hecho, que contemplado en una determina perspectiva, resulta ser delito, y contemplado desde otra resulta, acto ilícito civil”*. “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal de 14 de setiembre de 1882”. t. II, vol. 1, Barcelona 1951, p. 369.

⁶⁸ GARCÍA RADA, Domingo. “Manual de Derecho Procesal Penal”. Sexta edición. Lima 1980. Tipografía Sesator. Pag.85, dirá: *“La acción civil corre pareja con la penal y se ejercita ante el juez que tramita la instrucción. Se ha discutido si el Juez que conoce del aspecto penal, también conozca del aspecto civil del delito. Pero existen razones prácticas muy atendibles; no es posible que a la víctima del delito, ya perjudicada con este hecho, se le obligue a seguir un juicio en la vía ordinaria, costoso y dilatado para alcanzar la indemnización a que tiene derecho. Son dos acciones emanadas del mismo hecho delictuoso, con prueba igual que deben ser resueltas por el mismo Juez. Se evita que el de Primera Instancia tenga un proceso más a su cargo; se ahorra dinero a la parte agraviada, puesto que ejercitar la acción civil no le cuesta nada o muy poco; hay evidente economía procesal al mantener la unidad de la causa y evita el peligro de sentencias contradictorias”*.

⁶⁹ Fundamento 5to del Exp.02825 – 2010, procedente de PHC/TC, procedente de Tumbes, del 28 de octubre del año 2010; similares expresiones se pueden apreciar en los expedientes: 00695-2007 PHC/TC; 5589-2006 PHC/TC; 3953-2004 PHC/TC; y el 1428-2002 PHC/TC.

distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son *distintos*⁷⁰; entonces la reparación civil tiene fines distintos para el Tribunal Constitucional y para la judicatura del Poder Judicial.

Por todos estos fundamentos, *“la responsabilidad civil ex delicto y extracontractual son una única institución; lo único que diferencia a la responsabilidad delictual de la responsabilidad civil extracontractual es que el ilícito civil del que deriva la primera, puede ser a su vez constitutivo de delito o falta, lo cual además pueda tener un tratamiento procesal singular, si es que el perjudicado no decide renunciar o reservar la acción civil para ejercitarla en sede civil”*⁷¹. Sin embargo, el juez penal peruano, era competente, para que dicte sentencia, pronunciándose de la pretensión penal, y adicionalmente de la pretensión civil, estamos ante la acumulación heterogénea de acciones, pues ellas deberían dictarse la primera en sede penal y la segunda en sede civil; empero, en este caso, el encargo jurisdiccional se hace solo al juez penal; esa competencia muy particular debería estar regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial o en los códigos de procedimientos penales o el Código Penal tal como lo hemos sostenido, pero resulta que en nuestro ordenamiento vetusto, no tenemos una regulación más o menos extensa que aborde esta institución, solo tenemos por ejemplo el artículo 92 del Código Penal⁷² que autoriza que la reparación civil debe determinarse en forma conjunta con la pena, ambos bajo competencia del juez penal, esta norma es procedimental y no es sustantiva, a pesar que la norma aludía a una competencia adhesiva del juez penal quien tenía facultades por la acumulación de pronunciarse por el objeto penal y el objeto civil, su tratamiento como acumulación heterogénea

⁷⁰ Fundamento 7mo del Acuerdo Plenario del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema No 6 – 2006/CJ-116 del 13 de octubre del año 2006.

⁷¹ SILVA MELERO, V, decía *«El problema de la responsabilidad civil en el derecho penal»*, RGDPv, 1996, cit., pág. 636: *“Una mera razón de economía procesal, no es suficiente para un desplazamiento de la cuestión del marco donde debe quedar ubicada”*.

⁷² Esta norma tiene como fuente al artículo 67 del Código Penal de 1924 que señalaba: *“El juez ordenará en la sentencia penal la restitución y la reparación del daño y determinará prudencialmente, a falta de prueba, el valor de la indemnización del perjuicio material o moral originado por el hecho punible”*. Y el artículo 92 del Código Penal de 1991 dice: *“La reparación civil se fija conjuntamente con la pena y es un derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena. El Juez garantiza su cumplimiento”*, la garantía y su efectividad se refieren como es obvio a la responsabilidad civil *“ex delicto”* y fue agregado por el artículo 1 de la Ley No 30838, publicado el día 4 de agosto del año 2018.

de acciones y competencia no fue abordado por la doctrina como tal⁷³; y procesalmente el legislador otorga jurisdicción y competencia al Juez de fallo, para evaluar y pronunciarse sobre el objeto civil acumulado al penal, facultad que, bajo el “*Principio de Adhesión*”, no fue cabalmente ejercitada.

En el NCPP, la acumulación heterogénea de acciones, diseñada a través del sistema de la responsabilidad civil “*ex delicto*”, señalada en el Código Penal del año 1991; se sumó otro sistema de responsabilidad civil “*ex damno*” conforme al artículo 12, 3° del NCPP peruano del año 2004 y que entró en vigencia el 1 de julio del año 2006 en el distrito judicial de Huaura, donde comenzamos aplicar éste código; lo curioso para ésta institución novedosísima, sin antecedentes normativos expresos, nuestro legislador, no destinó ninguna norma regulatoria del procesamiento de la acumulación heterogénea de acciones⁷⁴, no nos dijo, cuáles son los requisitos que se deben dar para accionar adecuadamente la acción civil en el seno del proceso penal, existiendo solo la norma contenida en el artículo 92 de Código Penal que señala que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, con el cual generaba desde ya una acumulación heterogénea de acciones la civil y la penal en forma conjunta, que bajo una interpretación literal y auténtica, se entiende que es la referida a la responsabilidad civil “*ex delicto*” (variable independiente – ordinal) y que se accionaba, cuando había condena penal, tenía que fluir en casi todos los casos la responsabilidad civil. La nueva norma de acumulación heterogénea de acciones, contenida en el artículo 12 ordinal 3 del NCPP, también es referida al ejercicio acumulado de la acción

⁷³ El maestro Luis Bramont Arias en su famoso Código Penal Anotado. Editorial San Marcos. Primera Edición 1995, p. 295 al comentar el artículo 92 del Código Penal no se refiere a éste como una institución de acumulación de acciones. El maestro Raúl Peña Cabrera en su célebre Tratado de Derecho Penal. Editorial Grijley Lima 1997, p. 692 no aborda el tema de competencia penal y civil resarcitoria como un problema de acumulación heterogénea de acciones. Ya modernamente, el profesor César San Martín Castro en su texto muy conocido de Derecho Procesal Penal, Volumen I, Editorial Grijley Lima 1999 tampoco aborda el tema competencial bajo la figura de la acumulación heterogénea de acciones; de lo indagado no existe autor peruano que asuma este tema contenido en el artículo 92 del Código Penal de 1991, como un tema de acumulación heterogénea de acciones civil y penal; sin embargo en su Libro Derecho Procesal Penal Lecciones, reconoce que el nombre de la acción civil no es *ex delicto*, sino *ex damno*.

o (noviembre del año 2015). Su tratamiento más desarrollado recién lo encontramos en el Acuerdo Plenario No 4 – 2019, del día 1 de septiembre del año 2019.

⁷⁴ El legislador peruano en el Capítulo III regula, sobre la Competencia por Conexión en el artículo 31 y 32 y también regula el Concurso Procesal de Delitos con arreglo al artículo 33, siendo éstas las tres únicas normas sobre competencia por conexión o a modo de acumulación de acciones por diversos delitos.

civil a la acción penal, ya no exige la condena penal y aun en un sobreseimiento, el juzgador tiene la posibilidad de fijar la indemnización por el daño (variable dependiente), por consiguiente, esta responsabilidad, es la misma a la que imperaba?

Postura personal, sobre la Acumulación Heterogénea de acciones; debo señalar algunas precisiones que son aportes míos a la institución; **1) Sobre su nomenclatura**, vengo proponiendo, al artículo 12, ordinal 3° del NCPP como responsabilidad civil “*ex damno*”, y no como responsabilidad civil “*ex delicto*”, el uso indistinto ya constituye un error de nomenclatura⁷⁵. **2) Sobre el “sistema trialista”⁷⁶ de responsabilidad civil**, entonces, la presencia de un solo hecho histórico, podría generar hasta tres acciones que pueden ingresar en concurso por mandato del legislador, así en sede penal, estimo que hay un SISTEMA TRIALISTA de responsabilidad civil excluyente, que son explicados por tres **indicadores**; la primera, la responsabilidad civil proveniente por el daño generado por el delito – no es materia de la investigación -; la segunda, la responsabilidad civil extracontractual o pura, basado en las normas contenidas de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil y que se genera por las consecuencias del hecho con apariencia punible; pero podría haber también una tercera, que comprende la responsabilidad civil contractual, que se activa dependiendo de las relaciones tasadas que pudieron estar comprometidos los sujetos de la relación jurídico penal, ésta es excepcional⁷⁷; lo que nos arroja un resultado final más justo y de tutela

⁷⁵ CAMARENA ALIAGA, Gerson W. en su artículo “*Responsabilidad Civil “Ex Delicto”*: Análisis desde la perspectiva procesal y consecuencias”. Alerta Informativa Anuario 2013. Estudio Loza Avalos. Lima. Imprenta Grafic. Lima 2013. p. 271/283,

⁷⁶ **Trialismo**, también conocida como la teoría trialista del mundo jurídico o tridimensionalismo jurídico, es una teoría jurídica elaborada por el jurista alemán Werner Goldschmidt. Werner Goldschmidt sostiene que el fenómeno jurídico es una totalidad compleja que denomina “Mundo Jurídico”. Se propone así el estudio del Mundo Jurídico mediante el análisis de los tres grandes elementos que lo integran (hechos, normas y valores) [se debe tener en consideración que es un proceso, esto quiere decir, una secuencia]. La teoría trialista del mundo jurídico sostiene que ese mundo resulta identificable, en definitiva, por las posibilidades de realizar la justicia en la realidad social y en las normas (Extraído de <https://es.wikipedia.org/wiki/Trialismo>).

⁷⁷ La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre un tema de responsabilidad civil, que ellos sostuvieron que es extracontractual, pero que en verdad corresponde a la responsabilidad civil contractual, que es el tipo de responsabilidad de un servidor público frente al Estado; al respecto se puede apreciar la Casación emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el recurso de Casación No 1535 – 2017 procedente de Ayacucho, leía el día 26 de septiembre del año 2018. En ese mismo sentido se puede apreciar la Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla en el Exp.Nº91 – 2016 del 30 de diciembre del año 2016 en el cual un funcionario de la Marina de Guerra fue absuelto por el delito de colusión, pero fue condenado a resarcir civilmente a la institución ya mencionada por su accionar lesivo de control y cautela de bienes

urgente. “*Sistema trialista*” que nadie lo ha planteado, porque el tema es algo complejo y su confusión es histórica, desde la vigencia de los códigos penal material y adjetivo; así en el sistema peruano hubo una doble regulación sobre el extremo resarcitorio a la víctima que fue introducido por el Código Penal de 1863, a pesar que el Código Civil de 1852 proveía también normas indemnizatorias, la dicotomía se siguió manteniendo históricamente (hasta la actualidad), generando confusión que no fue aclarada por la doctrina, ni la judicatura; el delito y la afectación a bienes jurídicos causaba daño y en consecuencia había que indemnizar (acción civil “*ex delicto*”); pero también, era factible que los presuntos ilícitos penales podían terminar en absoluciones o sobreseimientos por diversas causas, y ellos, era probable que causaron daño (responsabilidad civil “*ex damno*” o “*responsabilidad pura*”) y éstos nunca fueron indemnizados en la misma sede penal, fácil es sostener ahora, que la acción civil tiene naturaleza privada, cuando ya las normas procesales dan un derrotero más claro, pero él no decirlo en su oportunidad, causó tremendo daño a miles de víctimas; pues si la acción civil era privada⁷⁸, en

del Estado. Fundamentado en que estamos frente a un caso de responsabilidad civil contractual conforme al artículo 1314 del Código Civil que sanciona el actuar por la obligación cumplida en forma defectuosa o tardía, o ejecución parcial o inexecución de las obligaciones que le impone el cargo – teniéndose como elementos – el comportamiento dañoso del funcionario se cataloga como conducta que desborda intencionalmente sus deberes conocidos atentando contra los principios, la norma o valores. En igual sentido podemos encontrar los casos de infracciones de “deber de cuidado” basados en la infracción de un contrato específico o proveniente de mandato o elección donde podría haber el incremento del riesgo y en consecuencia responsabilidad penal, pero si no incremento el riesgo, cabría una responsabilidad contractual, por la infracción a deberes contenidos en el MOF y ROF.

⁷⁸ GARCÍA RADA, Domingo. “Manual de Derecho Procesal Penal”. Sexta edición. Lima 1980. Tipografía Sesator. p. 85. Dice: “*El delito es a la vez ilícito penal e ilícito civil. Todo ilícito penal es ilícito civil, pero no todo ilícito civil es ilícito penal. El delito es, pues, ilícito penal e ilícito civil. El penal origina la pena; el civil la reparación pecuniaria. Como consecuencia de todo delito, surgen dos acciones: una dirigida a obtener la aplicación de la ley penal; la otra busca el resarcimiento del daño causado. Para la primera el delito es mal público y agravia los intereses de la sociedad; para la segunda, es mal privado y afecta los intereses de un particular*”, finalmente señala: “*(...) de todo delito, surgen dos acciones: una dirigida a obtener la aplicación de la ley penal; la otra busca el resarcimiento del daño causado. Para la primera el delito es mal público y agravia los intereses de la sociedad; para la segunda, es mal privado y afecta los intereses de un particular*”; Años más tarde, el Juez Supremo San Martín Castro dirá el delito es fuente de obligaciones civiles si lesiona derechos subjetivos o privados, el “*hecho delictivo es causa del daño*” y eso es lo esencial (“Derecho Procesal Penal”. 1999, p. 237/238), pero contradiciendo al maestro García Rada y cambiando de postura dirá: “*...no hay dos tipos de responsabilidad civil por el hecho de que una de ella diname de un ilícito civil sin repercusión penal y la otra será de un hecho calificado como delito o falta por la ley penal. La responsabilidad civil nunca tiene su origen o causa en la comisión de un hecho delictivo y es ajena a esta calificación. Su origen está siempre en una conducta que origina un daño civil y como civil está prevista en las leyes civiles*”(sic). SAN MARTIN CASTRO, César. “Derecho procesal Penal”. 2015, p.268/269. En ésta misma omisión y recriminación cae la doctrina posterior a éstos maestros y que están citados en éste capítulo.

sede penal se pudo resarcir cualquier daño vinculado al hecho con apariencia punible; pero eso no se hizo, tampoco se requería de norma expresa. La explicación a éste híbrido, parte de la regulación de la Reparación Civil en todo el Título VI del Código Penal, el mismo que trajo por tierra todo intento integrador de un solo sistema de responsabilidad; pues el Código Penal que fue el último en promulgarse creó un sistema mixto, regula las instituciones que componen a la reparación civil y termina diciendo en el artículo 101 que la reparación civil se rige además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil; la unificación reclamada por LEGISLADORES al sostener normativamente en las normas del Código Penal que la Reparación Civil se rige, además, por las normas del Código Civil; aumentó la división del sistema de responsabilidad civil, por el incremento de las normas de responsabilidad civil en el Código Penal y otros que se regulan en el Código Civil, lo que generó la responsabilidad civil *“ex delicto”* con arreglo al Código Penal y ahora con la responsabilidad civil *“ex damno”* que no es sino, la propia responsabilidad civil extracontractual, pero en sede penal, empero regulado conforme a las normas del Código Civil; entonces, lo curioso es que ambas responsabilidades emergen de *“un solo hecho histórico”*, y por ende deberían tener un tratamiento jurídico unificado. Si realizamos una interpretación histórica del Código Penal de 1991, éste guardó mutismo absoluto sobre la posibilidad de la unificación de la responsabilidad tradicional, esto es la responsabilidad civil extracontractual o responsabilidad civil pura, con la responsabilidad civil *“ex delicto”*; al extremo que en la propia Exposición de Motivos del Código Penal de 1991, no se menciona nada sobre ésta unificación, por último tampoco explica los motivos o razones que *“han conducido al legislador a perpetuar la doble regulación de la institución resarcitoria que, en la práctica forense, no ha hecho sino ocasionar dificultades interpretativas en la Jurisprudencia”*⁷⁹ y la misma

⁷⁹ Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado que no se trata de una obligación de orden civil, sino porque es *“una verdadera condición de la ejecución penal”* (ver sentencias recaídas en el **Exp.00695-2007-PHC/TC**, **Exp.5589-2006-PHC/TC** y el **Exp.3953-2004-HC/TC**) por su parte el Poder Judicial ha reiterado a través de la jurisprudencia y acuerdos plenarios, que la reparación civil tiene una **connotación estrictamente civil** así, en el **RN. No 4885-2005** procedente de Arequipa su fecha 17 de febrero del año 2006 señala que: *“las consecuencia del delito no se agotan con la imposición de una pena o medida de seguridad, sino que surge de la necesidad de imponer una sanción reparadora, cuyo fundamento está en función a que el hecho delictivo, no sólo constituye un ilícito penal sino también un ilícito de carácter civil, posesión que se encuentra sustentado en los Acuerdos Plenarios Nos 5/99 del 20 de Noviembre del año 1999 del Pleno Jurisdiccional de los Vocales Superiores del área Penal de los Distritos Judiciales de la República”*. Así mismo la Corte Suprema en

doctrina⁸⁰; no se han planteado nuevos derroteros respecto a la doble regulación de la responsabilidad civil, pues vemos a diario ésta dicotomía, de un lado se aplican las normas del Código Penal de 1991 y también las normas del Código Civil de 1984; a nivel nacional, con los escasos maestros en ésta materia durante más de un siglo se hace evidenciar la pobreza doctrinaria de éste sistema dual de responsabilidad civil; los autores nacionales poco o nada han escrito al respecto, aumentando la confusión entre las instituciones de la responsabilidad en materia penal o civil; pero lo que sí fluye a los ojos de cualquier operador del derecho es que el Código Penal de 1991 consideró que había una distinta finalidad y fundamento de la pena y de la responsabilidad civil, parecía no sólo conveniente, sino también aconsejable remitir las normas relativas a la reparación civil al Código Civil, pero esto causó alarmantes injusticias de carácter material; donde no se indemnizó estando en sede penal y remitiéndose a sede civil indebidamente⁸¹, esa es la explicación e interpretación histórica del artículo 101 del Código Penal, por lo menos así

el **Acuerdo Plenario No 6–2006/CJ-116** del 13 de octubre del año 2006 ha señalado: “*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 ex delicto, infracción/daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos***”.

⁸⁰ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, considera que **la reparación civil no puede configurarse bajo ningún concepto como sanción jurídico penal, sino que tiene un interés particular** (*La Reparación Civil en el Proceso Penal*” Editorial IDEMSA, Lima 1999, p. 69.) “Luis Bramont Arias y Luis Bramont-Arias Torres sostienen que la reparación civil tiene un valor de lucha contra el delito, tanto más que si la pena es un mal, la reparación civil también lo es, pues ocasiona un dolor más intenso que la misma pena (Código Penal, edición 1995, p. 295-296). A nivel internacional Mir Puig Peña sostiene que **la reparación civil tiene la función reparadora del derecho penal**, pues también restablece el derecho lesionado, **por lo que tendría naturaleza penal** aquellos instrumentos como la reparación civil ex delicto orientado a la reparación del daño y neutralización de los efectos nocivos del crimen, doctrina ajena a los pronunciamientos actuales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones civiles por actos de violación de derechos humanos (*Derecho Penal Español. España. p. 504*); posición contraria a la esbozada por Quintano Ripollés **que se inclina por la naturaleza civil** de la reparación pues ésta es obligación patrimonial por ende renunciable y trasmisible”.

⁸¹ Uno de éstos temas, es el caso de una madre que reclamaba una indemnización acorde al daño que se le había causado por la muerte injusta de su hijo, que había sido atropellado, siendo así en sede penal se le pagó la suma de S/.15,000.00, ante ello la defensa no tuvo mejor alternativa que atendiendo a que, no se le había indemnizado el concepto de daño moral, **recurrió a sede civil** y allí su demanda fue declarada fundada en primera instancia ordenando el pago de S/.40,000.00, pero que al ser apelada, la Sala Superior en segunda instancia, declaró improcedente la demanda por existir cosa juzgada de sede penal y que ya se habían pagado los daños y perjuicios en dicha sede, fue la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en la **Cas No 3824-2013-Ica** (del 2 de marzo del año 2015) la que dispuso nuevo fallo a la Sala Civil Superior, bajo el argumento central que la sede penal solo tiene por finalidad sancionar al infractor, pero sobre la indemnización si bien se había cubierto, era necesario un pronunciamiento adicional sobre el DAÑO MORAL que no había sido considerado en dicha sede.

está explicitado en las normas ya citadas; empero debemos estimar, que el mensaje del maestro Domingo García Rada quien sostuvo por primera vez, que el ilícito penal puede no existir, pero puede generarse daños derivados de éste, que sí son indemnizables; enseñanza que no fue asimilada por algunos tratadistas nacionales; así tenemos: Julio Castillo Alva, sostiene que *"la reparación civil no siempre se determina con la pena puesto que para ésta última sólo requiere de una conducta típica, antijurídica y culpable, mientras que para la reparación civil exige la constatación de un daño causado de manera ilícita"*⁸² el daño emerge del delito; también Augusto Medina, citando a César San Martín dice que: *"la reparación civil por su origen y sus efectos no tiene porque, derivar del delito ya que lo cataloga como institución propia y distinta al delito y a sus efectos"*⁸³ postura más correcta; también, Rosario Palacios Méndez por su parte señala que *"el ejercicio conjunto de pretensiones, es decir, la responsabilidad civil y penal provienen del mismo hecho ilícito, también debe coincidir la vía procesal"*⁸⁴, desde el punto de vista procesal es correcto; finalmente, la abogada Estrella Caveró dice *"que asumiendo una posición sobre la problemática planteada en cuanto a la naturaleza jurídica de la reparación civil deriva del delito, que se trata de una institución de naturaleza penal, no sólo porque tiene su origen en la comisión de un hecho ilícito, sino porque además del hecho ilícito en sí trae consigo un perjuicio al afectar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos"*⁸⁵, se propone solo al daño que es causado por el delito; no así al daño que emerge de las consecuencias derivadas del delito o de la sola relación entre los sujetos del delito.

Siendo así, **considero que** el legislador peruano, al emitir el artículo 12 ordinal 1 del NCPP, lo que ha concretizado es un **"concurso propio"**, eso significaría que las dos acciones podrían ejercitarse acumulativamente, si bien en forma subsidiaria, por eso el legislador en la misma norma en comentario

⁸² CASTILLO ALVA, Julio. Actualidad Jurídica 2003, T. 121 diciembre, "La reparación Civil derivada del delito" p. 102.

⁸³ MEDINA OTAZU, Augusto. "El artículo 12 inciso 3ro del Código Procesal Penal ¿Vamos hacia un derecho penal reparador? En <http://blog.pucp.edu.pe/item/45310>.

⁸⁴ PALACIOS MELÉNDEZ, Rosario: "Reparación civil y Proceso Penal. ¿Segunda Victimización?", en Revista Actualidad Jurídica, Tomo 133, Gaceta Jurídica Editores, diciembre 2004, p. 134.

⁸⁵ Ver la web: [www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/.../\\$FILE/art_010211.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/.../$FILE/art_010211.pdf).

señala: *“Pero una vez que se opta por una de ellas, no podrá deducirla en la otra vía jurisdiccional”*, lo que implica que en los casos, en que se ha elegido una de las vías, ya no podrá continuarse con la otra, dada la unidad del fin existente entre las mismas; por ejemplo, primero se hubiera ejercitado la acción *“ex delicto”* en la vía penal y luego que dicha jurisdicción hubiera desestimado, podrá el interesado recurrir a sede civil a reclamar las consecuencias del delito y consecuentemente el pago de la reparación civil? No, es imposible, pues el límite objetivo dictado en el proceso penal hará cosa juzgada al respecto y será imposible su continuación en sede civil, es verdad que un litigante avisado puede deducirla; pero para ello el contrario tendrá que deducir su excepción de cosa juzgada. Nuestra jurisprudencia nacional ha estimado, que si una persona se ha constituido en parte civil, donde logró obtener algo de reparación civil en un proceso penal, por homicidio culposo, ya no puede recurrir a sede civil solicitando mayor indemnización por daño moral, daño a la persona, daño emergente y lucro cesante, ello se ha venido rechazando frecuentemente; pero la Corte Suprema ha estimado que si la motivación en sede penal solo tuvo en cuenta los pagos efectuados por el SOAT, hay insuficiencia en la motivación que limita la indemnización a otros conceptos como daño moral o daño a la persona, en cuyo caso sí es posible que si una persona se constituya en parte civil – hoy actor civil – y el proceso penal le fue adverso, sí es posible que vaya a sede penal a insistir el pago de la indemnización que realmente le corresponda⁸⁶; fuera de éstos casos muy

⁸⁶ **Casación No 564 – 2010** procedente de Moquegua, indemnización por daños y perjuicios. Publicado en el diario Oficial El Peruano del día 2 de enero del año 2012, p. 325. (...) *“Tercero.- En relación al fundamento precedente la Sala de Mérito al absolver el grado no ha motivado en forma adecuada los fundamentos en que se sustenta para desestimar la pretensión respecto al daño a la personal, daño moral, daño emergente y lucro cesante; no ha tenido a la vista el proceso penal por delito de homicidio culposo...pues del mismo se advierte que si bien la demandante se constituyó en parte civil conforme consta del mencionado expediente penal...se fija el pago conforme al SOAT...lo cual no impide a la demandante que haciendo uso de su derecho de acción promueva la presente demanda de indemnización por daños y perjuicios a fin de que se reparen los daños ocasionados que considera que le han generado daño moral y patrimonial..”*. En igual sentido la **Casación No 3824 – 2013**-Ica la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en el Octavo considerando menciona: *“(...)conforme es de verse del escrito de demanda obrante a fojas cuarenta y ocho la recurrente pretende se le conceda indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual derivada de accidente de tránsito (atropello por homicidio culposo) del que fue víctima su menor hijo (...) promueve la presente acción a fin de que se la indemnice por el daño moral, social y familiar resultando por ende necesario un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión advirtiéndose que la resolución materia de casación infringe el principio de motivación de las resoluciones judiciales al considerar que la pretensión invocada ya fue satisfecha por cuanto lo que se busca a través del proceso penal es que se sancione al infractor de la Ley Penal por la comisión de un hecho que la sociedad y la ley consideran repudiable y reprimible mientras en el proceso civil la responsabilidad responde a una lógica distinta pues lo que*

aislados, consideramos que por regla, el que se constituyó en actor civil en el nuevo proceso, no podrá luego recurrir a sede civil a reclamar la indemnización “*ex delicto*”; pues **considero que** se estaría atentando a la unidad en el sistema de administración de justicia; así, la sede civil pasaría a ser una suerte de corte donde se subsanan las omisiones acontecidas en sede penal y podría verse afectado la “*santidad de la cosa juzgada*” y la seguridad jurídica; postura que también comparte la doctrina establecida por el profesor Diez Picazo⁸⁷. Para evitar pronunciamientos como los que hizo la Corte Suprema en las sentencias en Casación citadas, se espera que el fallo de un juez penal - inclusive fuera del marco de una sentencia absolutoria civil o sobreseimiento de la acción penal -, cuando es reclamado la indemnización, tendrá que tomar en cuenta la “***reparación del daño en forma integral***”, es decir considerar los daños (daño emergente) y perjuicios (lucro cesante), el daño a la persona y el propio daño moral; y que obviamente tendrán que ser probados por cada concepto y de no ser así, será fijado prudencialmente por el señor Juez, pero es la excepción.

Por eso tomando postura, señalo que la acción civil “*ex delicto*” se extingue una vez que el órgano jurisdiccional se pronunció conforme a los hechos jurídicamente relevantes y a la petición realizada, sin que pueda pretenderse que, desestimada la acción fundamentada en los preceptos de sede penal, tenga luego que pronunciarse conforme a los preceptos y normas de sede civil; como hemos dicho, ello violaría el debido proceso y la cosa juzgada, garantías establecidas en el ejercicio de la función jurisdiccional, tal como lo reconoce el artículo 139 de la Constitución del Estado; por eso el juzgador, independiente de las normas que se hayan invocado sea del Código Civil o del Código Penal, tendrá que ser congruente con los hechos que son inmovibles para el juez y las partes; y luego atendiendo a lo petitionado por el actor civil, tendrá que pronunciarse orgánicamente y teniendo en cuenta

se pretende es que se determine quién asume el daño ocasionado más aún si en el proceso penal no se ha analizado el daño moral demandado(...)”(sic).

⁸⁷ DIEZ-PICAZO, L. dice: “*en principio, tanto la legislación como la jurisprudencia parecen contrarias a este juego sucesivo de responsabilidades. Electa una vía, suele decirse, non datur recursus ad alteram*”. “El Problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictiva”, p. 65.

a lo que efectivamente se haya probado⁸⁸ como DAÑO a su derecho, en estricta aplicación de lo previsto por el artículo 156 del CPP que a la letra dice: “*Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, **así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito***”; ello no implicará de modo alguno que la “*causa petendi*” tenga dos fuentes normativas distintas, pues ella es una sola, primero se extingue la acción penal y luego la acción civil, para el supuesto de la responsabilidad civil “*ex damno*” **y sobre la naturaleza pública o privada de la responsabilidad civil en sede penal**, el artículo 101 tiene un razón práctica de su existencia, esto es, proteger a la víctima, en especial cuando se dispensa el ejercicio conjunto de la acción penal y la acción civil como accesoria de aquella, legislándose la acumulación de acciones que a pesar de su contenido heterogéneo, están unidas por una relación de conexión que permiten y aconsejan su enjuiciamiento conjunto, lo cual reporta ventajas procesales, como hacer realidad el principio de Economía Procesal, que nos permite ahorrar tiempo y dinero al Estado y lograr víctimas realmente resarcidas, tanto en la Administración de justicia como a todos los justiciables; rescatando decisiones más previsibles y unificadas, pero aún con ello se ha provocado confusión a cerca de la naturaleza de la institución resarcitoria, pues, si el mismo Código Penal de 1991, remite a las normas del Código Civil de 1984 sobre los daños extracontractuales, no se entiende cómo es que la judicatura, dejó incontestadas muchas pretensiones civiles, cuando luego de haberse dictado sentencia absolutoria o sobreseimiento se exigían el pago de la reparación civil, se pensó entonces, que la responsabilidad civil “*ex delicto*” estaba

⁸⁸ Es posible que el daño no se haya probado por falta de prueba, entonces, el juez puede determinarla prudencialmente y podrá indemnizar el valor de la indemnización del perjuicio material o moral originado por el hecho punible, forma de indemnización basado en la determinación del juzgador en aplicación ultractiva del artículo 67 del Código Penal del año 1924 ello si utilizamos normas de la misma naturaleza jurídica. Pero también podría utilizar el artículo 1332 del Código Civil de 1984 que a la letra reza: “*Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.*”, si bien este tipo de valoración se encuentra en sede civil y es norma de responsabilidad civil contractual, pero respecto a daños y perjuicio, “*a simile*” es posible su aplicación. Finalmente, si no se ha probado el valor del perjuicio ocasionado, se puede utilizar como baremo, la norma contenida en el artículo 291, del Código Procesal Penal que refiere sobre la preexistencia y valoración (Pruebas Especiales Sub Capítulo III del CPP) y señala: “*En los delitos contra el patrimonio, (...) La Valoración de las: Cosas, Bienes o La determinación del importe del perjuicio o daños sufridos, cuando corresponda, se hará pericialmente, Salvo que no resulte necesario hacerlo por existir otro medio de prueba idóneo; o sea posible una estimación judicial por la simplicidad o evidencia.*”

relacionada solo y únicamente a ser pronunciada cuando se daba un delito con consecuencias civiles, si el delito no ocurría, la reparación civil era inalcanzable; sin embargo, era evidente, que cuando se producía la extinción de la acción penal en las modalidades ya mencionada, era posible encontrar daños, no precisamente ocasionados directamente por el delito, sino hechos con apariencia punible, pero que habían causado un daño, y que si ese daño era típico por afectar algún interés económico o moral – distinto al delito –, considero que los Jueces no debieron haber dejado de Administrar Justicia, aún cuando no contaban con norma expresa – como la que existe ahora el artículo 12, 3° del Código Procesal Penal –. Por esto considero, otro de las variables que hay que tener presente, es la aplicación de la **Responsabilidad Civil “ex damno”** es que ella no se debe aplicar solo con el nuevo código procesal penal, sino que su aplicación se pudo y debió atenderse y resarcir el daño con las normas del Código Civil, pues ésta normatividad era supletoria conforme lo dice el artículo 101 del Código Penal, habida cuenta que integrada con el artículo IX del Título Preliminar, señala que: – desde el 14 de noviembre del año 1984⁸⁹ – *“Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”*, entonces si había un hechos históricos que generaba una situación de un hecho con apariencia penal y dejó de ser tal, pero emergía de esa situación, una relación que generaba un daño entre el que era *“acusado”* y la *“víctima”* del delito, es evidente que, no tenía que ver con el delito sino con el carácter privado de esa relación, lo normal y razonable era que el Tribunal debía pronunciarse por indemnizar y reparar el perjuicio, utilizando supletoriamente el Código Civil y si los hechos acontecidos fueron antes del año 1984, se podía haber aplicar el Código Civil de 1936 y si los hechos fueron antes de esa época debió aplicarse el Código Civil de 1852, situación que no aconteció por la confusión generada por las normas dispares y que no tenían un origen orgánico, sino copista de legislaciones extranjeras; y que, finalmente el gran perjudicado

⁸⁹ Si bien en el Código Civil de 1936, no apreciamos una norma con semejante redacción, los artículos XXI y el XXIII señalan que los Jueces no pueden dejar de aplicar las leyes, y no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los principios del derecho. Y el Código Civil de 1852 que tuvo una vigencia de 84 años, tuvo normas muy similares a éstas dos últimas citadas.

fueron las víctimas de esos hechos, cuyas pretensiones fueron incontestadas o en todo caso desviadas a sede civil, donde tendrían que reclamar o miles de ellas se defraudaron de una justicia, en ambos sentidos, por este tema considero que no dio tutela judicial, y la otorgada fue ineficiente e ineficaz; ésta interpretación histórica de la institución nos refleja su naturaleza jurídica de derecho privado, que no fue entendida por ésta doble regulación; postura que no lo podemos encontrar en ningún dogmático de sede penal o civil, por eso que no hay cita al respecto, y mi postura es precursora. Así tenemos que, se asevera el carácter público de ésta institución por el hecho de que recae sobre el Ministerio Público la obligación de ejercitar de forma conjunta las acciones que tienen en sus inicios un hecho delictivo, la acción penal y, en su caso, es decir, de haberse producido daños, la acción civil; la doctrina peruana, tiene muy clara la posición que, el hecho que la Fiscalía ejercite la acción penal y acumulativamente la acción civil, no significa en modo alguno que se desconozca su naturaleza que estamos ante una acción civil, que le corresponde ejercitar al agraviado u ofendido⁹⁰. Por eso, el hecho de que el Ministerio Público ejercite la acción civil, conjuntamente con la penal no es un argumento determinante, al menos por sí solo, de la naturaleza jurídica de la institución resarcitoria, ya que de la lectura del propio artículo 11 ordinal 1 del NCPPP, se tiene que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde especialmente al perjudicado por el delito; y si éste se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso; lo mismo puede suceder si el agraviado manifieste su voluntad de disponer de la misma, mediante un acuerdo reparatorio, un principio de oportunidad o una transacción, podría renunciar la reparación civil al ser un bien disponible o reservarla; pero debe tomarse en cuenta que la utilización del principio de oportunidad o del acuerdo reparatorio da lugar también a la extinción de la acción penal, aún cuando el Código Penal no lo reconozca expresamente, **tal como lo enuncié** por primera vez para nuestra

⁹⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. “Derecho Procesal Penal”, Volumen I. Editorial Grijley. Lima 1999, p. 241 dirá: “El hecho de que el Ministerio Público ejercite la acción civil *ex delicto* y en su caso introduzca la pretensión civil, no puede desconocer que se trata de una institución de derecho civil y que, por tanto, su titularidad corresponde al ofendido, por lo que si éste se pronuncia expresamente renunciando o transigiendo con el obligado civil respecto, - no del ejercicio de la acción civil, sino al derecho a la restitución, reparación o indemnización – no cabe otra opción que inhibirse de instar el pago de la reparación civil”.

doctrina nacional⁹¹; el carácter disponible de la acción civil, detecta su naturaleza jurídica privada de la acumulación.

Resumen, Existen **tres aportes**, conforme a éste sub capítulo, **1)** sobre la denominación de la institución de la responsabilidad civil “*ex damno*”, **2)** sobre un “*Sistema Trialista*” de reparaciones civiles, ambos ubicados en el código penal material y adjetivo, y **3)** Con el NCPPP de las normas que se han citado, se evidencia el carácter de naturaleza privada de la acción civil; por tanto, se debe aplicar el sistema de reparación con el nuevo código procesal penal o con el Código de Procedimientos Penales de 1,940, se ha evidenciado, que la doble regulación sobre el extremo resarcitorio a la víctima, fue introducido por el Código Penal de 1863, a pesar que el Código Civil de 1852 proveía también normas indemnizatorias, la dicotomía se siguió manteniendo históricamente (hasta la actualidad), generando confusión en la legislación, judicatura y dogmática penal al momento de indemnizar, en especial, sobre las consecuencias generadas por los hechos con apariencia punibles, que no fueron resarcidos, durante muchos años; **considero, que éste es uno de los grandes aportes de mi tesis descriptiva**, en denunciar esta grave omisión de tutela judicial a las víctimas. Y sobre todo ello llevó a entender por la judicatura como si la reparación civil tiene naturaleza pública, como es del caso de la exposición de motivos del Código Penal de 1924⁹² y desde esos años, la doctrina y judicatura contribuyeron a la confusión persistente en la actualidad, sin comprender la autonomía de la acción civil, frente a la acción

⁹¹ HURTADO POMA, Juan, dijo: “Entonces, podemos decir, que la naturaleza jurídica de un Acuerdo, por la forma de redacción de la institución en nuestro Código y atendiendo al Derecho Comparado, el legislador ha creado una causal nueva de extinción de la acción penal y en los extremos del acuerdo reparatorio una fuente de obligaciones, que ha nacido por el consentimiento de las partes, en especial del iniciado, tiene además la virtualidad de ser una obligación que nace en sede penal, cuyos efectos jurídicos irradian en cualquier discusión patrimonial a futuro sobre la responsabilidad civil que proviene de delito, qué duda cabe que además de extinguir la acción penal cumple también el papel de cerrar la discusión por los extremos de una reparación civil, único en su género, pues el Acuerdo Reparatorio Peruano no requiere la aprobación del Juez, como sí se requiere en otras latitudes, ésta es la característica que lo diferencia del resto; es verdad, que éstos criterios todavía están lejos de un sistema de justicia restaurativa”. “Teoría y Práctica de Los Acuerdos Reparatorios y Justicia Restaurativa en el nuevo proceso penal”. Editorial Grijley. Lima, 2011. p. 204/205.

⁹² ESPINO PEREZ, Julio. Transcribe la Exposición Oficial de Motivos del Código Penal de 1924 que dice: “...sin embargo que esta legislación es muy defectuosa dadas las dificultades con que se tropiezan las víctimas de delito para obtener la reparación de los daños. **Es absolutamente necesario convertir en acción pública la que se refiere a la reparación civil. Es esta la principal innovación introducida por el proyecto.** Contiene además una serie de medidas destinadas a establecer sólida garantía de que la víctima del delito no será burlada, por la mala fe del delincuente. Estas medidas han sido tomadas del proyecto **italiano**” (sic). Código Penal. Concordancias. Editorial Cuzco S.A. Editores. Lima Perú 1988. p. 28.

penal; y sus reglas deben regirse con arreglo a las existentes en el Código Penal, pero sobre todo con los criterios contenidos en el ordenamiento privado, en especial el Código Civil.

4.2 De la “competencia secundum eventum litis” o “competencia por adhesión” o “causae mixtae”

El Estado, utilizando su política criminal, en los distintos países, mejora el tema de resarcimiento a la víctima, y permite que en virtud de la acumulación heterogénea de acciones, que el órgano que conoce de la acción penal debe conocer también de la acción civil esto es, lo que se conoce en la doctrina⁹³ y en la jurisprudencia⁹⁴ como principio denominado **“competencia secundum eventum litis”** (variable independiente) bajo éste principio *“no es la responsabilidad civil la que depende de la penal, sino la competencia del órgano jurisdiccional para conocer del objeto civil, la que está supeditado al éxito de la pretensión punitiva”*⁹⁵; ésta competencia permite conocer al tribunal penal de la acción penal y de la acción civil, como la acumulación de las acciones, se ha llamado también como *“competencia secundum eventum litis”*⁹⁶; de modo tal que si la acción penal queda excluida por cualquier motivo, el juez penal deja de tener competencia para el segundo evento, como es, apreciar la acción civil; ésta es una de las variables más importantes en la presente tesis. Entonces, los Estados, por mandato legal han determinado bajo éstos principios que la competencia de un juez penal, no solo es por la responsabilidad penal, sino que normativamente, se le asigna una segunda competencia, es decir, que también es competente para pronunciarse sobre la responsabilidad de las consecuencias civiles; de donde se colige que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, por lo que si el procesado fue condenado en la causa penal, debe también indemnizar de los daños y lesiones causadas al ofendido por el delito o por la falta, a éste sistema se le llamó la responsabilidad civil **“ex delicto”**

⁹³ DE LA OLIVA SANTOS, A. “Derecho Procesal Penal, ob. cit. p. 244

⁹⁴ A nivel internacional se pueden citar las sentencias españolas SSTs de 17 de diciembre del año 1985 (RJA 6592) y del 12 de enero de 1963 (RJA 75).

⁹⁵ FONT SERRA, E. “La acción civil en el proceso civil”, Madrid 1991, p. 22/24.

⁹⁶ GOMEZ ORBANEJA, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamientos.....de 1882. 1955.” p. 159.

funcionaba por la competencia que se le había asignado al juez penal; por interpretación a *“contrario sensu”* de éste mismo argumento, si una persona queda excluida de responsabilidad penal, el juez penal no puede pronunciarse sobre los temas atinentes a la responsabilidad civil, no porque ésta, ya no exista, sino por el motivo exclusivamente procesal consistente en que su competencia para conocer de la acción civil *“ex delicto”* es una competencia *“secundum eventum litis”* (variable independiente), se agotaba en el proceso penal, mientras éste tenga vida y siempre que se haya condenado a un procesado por el delito.

Tomando postura en el sistema peruano antes del NCPPP, el principio en comento, puede deducirse meridianamente de una interpretación a contrario sensu del artículo 92 del Código Penal Peruano de 1991, cuando dice: *“la reparación civil se determina conjuntamente con la pena”* bajo el sistema de interpretación propuesto podríamos leer: *“la reparación civil no es posible determinar cuando no existe la pena”*; téngase mucho cuidado, que ésta competencia, la misma que opera mientras el proceso penal tenga vida, y subsista, la acción penal, no otra interpretación podemos extraer del artículo 102 del Código Penal arriba citado, cuando reza: *“La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal”*. Si bien, fue un avance para el sistema anterior; pues la víctima no tenía que recurrir a sede civil, los jueces penales, otorgaban indemnizaciones bastante irrisorias bajo un sistema de *“aparente prudencia”* al cual había que sumar que el proceso penal no estaba diseñado para discutir y probar en forma más o menos en holgada las pretensiones de la víctima. Este es el sistema que más ha durado en nuestra historia procesal penal peruana, hasta casi la actualidad, es la regla que todos tienen que cumplir y observarla, estamos debidamente vinculados a ella. Entonces, el legislador opta por un tipo de responsabilidad subsidiaria, la doctrina casi uniformemente la reconoce, como responsabilidad civil *“ex delicto”*, (en latín el prefijo *“ex”* corresponde a la palabra *“de”*, en éste caso responsabilidad emergente o que nace *“de delicto”*); **así considero**, que la responsabilidad ya identificada no estuvo diseñada para reparar los daños colaterales, emergentes y fronterizos del delito, y cuando habían pretensiones a las que he señalado, todavía se optaba por remitir los casos a sede civil (con lo cual se seguía manteniendo la política del *“peregrinaje procesal”*). En un

sistema del modelo procesal mixto que tuvimos con arreglo al Código de Procedimientos Penales de 1940, si la responsabilidad penal fuera desestimada, la competencia del órgano jurisdiccional penal queda extinguida para ver la responsabilidad civil; se aprecia que la competencia del juez penal está subordinada a la victoria de la acción penal, por ello hemos visto tantísimas veces que declarada la absolución de cargos contenidos en la acusación, el juez se tenía que abstener de dictar alguna decisión sobre la pretensión civil; lo que motivo a que los justiciables recurran a sede ordinaria civil a reclamar sus peticiones en cuanto a los daños que hubieran sufrido; esto generó un sistema ineficaz de tutela.

Tomando postura con arreglo a las normas del NCPP, ante la atribución a un juzgado penal unipersonal o juzgado penal colegiado, conforme al nuevo modelo procesal, para que conozca el proceso penal, se da una consecuencia inevitable de la acumulación de acciones, por eso aquella competencia resulta ser una **“competencia adhesiva”**, generando causas mixtas (**“mixta causae”**) que se van a reflejar después, en el auto de sobreseimiento o sentencia, resoluciones judiciales **“mixtas”**, en **mi concepto**, pues de un lado sobresee o absuelven sobre la acción penal (variable dependiente) y de otro lado emiten decisiones de condena sobre la acción civil (variable independiente), de modo tal que la acción civil, solo se conoce porque el juzgador está conociendo de la acción penal, caso contrario, excluida la acción penal, el juez deja de irrogarse competencia para apreciar y resolver la acción civil acumulada; **actuando la competencia adhesiva como variable independiente o explicativa**, distinta a la variable dependiente o explicada como es el caso de la indemnización o reparación.

Por eso que, en el sistema procesal penal peruano antes del NCPP, cuando se decretaba la inexistencia del hecho, por sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento, se generaba la extinción de la acción penal y de la pretensión civil. De donde se colige, que si las pretensiones juntas (civil y penal) tienen su origen en un solo hecho histórico complejo, la resolución que expresa que el hecho no EXISTIÓ, esa declaración vincula y alcanza a ambas acciones; pero si, el hecho constituye un objeto que merezca la desaprobación civil, y si éste hecho no alberga a un hecho punible, sí podría ser considerado dentro de la órbita de sede civil, como una conducta ilícita que habilite al juez

penal a conocer dichas consecuencias civiles. Ergo, el Juez Penal no podría ser competente, para conocer de la responsabilidad civil “*ex delicto*”, pero sí de la responsabilidad civil “*ex damno*”, pues la responsabilidad penal tiene sus presupuestos materiales distintos en el Código Penal, a los de la acción civil, que tiene sus propios presupuestos materiales en el Código Penal en parte; pero sobre todo en el Código Civil, extremo que no fue comprendido, ni utilizado en el sistema anterior; el maestro San Martín Castro señala que se trató de un “*sistema de accesoriedad mal comprendida*”⁹⁷, probablemente se estaría pensando, que como no exista una norma expresa, no podían hacer justicia, como sí lo permite el artículo 12 ordinal 3ro del NCPP en la actualidad.

Esto, nos enseña que la proscripción de la acción penal y la eventual civil nacida directamente de ésta, no genera la extinción de la acción civil, de lo que se colige que lo preceptuado en el proceso penal, no elimina la posibilidad de pronunciamiento de las pretensiones civiles. Entonces, en ningún caso puede entenderse, es que la exclusión de la responsabilidad penal conlleve la extinción de la civil, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 ordinal 3 del NCPP, la extinción de la responsabilidad criminal no lleva aparejada la de la civil, Arnaiz dice: “*el juez penal sólo podrá admitir aquellas pretensiones civiles que estén directamente relacionadas con el hecho delictivo y rechazará todas aquellas otras que, si bien pudieran tener relación alguna con el posible delito o falta, **no son consecuencia directa del mismo***”⁹⁸, extremo que considero aplicable en el sistema peruano, y que tiene que ver en casos concretos y en escenarios distintos, por eso estamos ante una variable dependiente (daño) y otra variable independiente (responsabilidad civil ex delicto y la responsabilidad ex damno), la primera dependiendo su pronunciamiento a la existencia del delito y la segunda no precisa del delito, sino de la existencia de un daño, si ello se produce, surge la “**competencia adhesiva**”. Esta primera parte, nos sirve para ubicarnos que la norma contenida en el artículo último mencionado, trae una competencia “*secundum eventum litis*” y la competencia “*adhesiva de acciones*”, en todos estos casos, estamos frente a una variable independiente, en que haya un proceso penal

⁹⁷ SAN MARTÍN, ob. cit. (2015), p. 270.

⁹⁸ ARNAIZ SERRANO. ob. cit. p. 323/324.

o así fuera uno con apariencia penal, y que al final solo se pronuncia sobre la acción civil, siempre que exista accesoriedad o contingencia.

4.3 De la “Accesoriedad” de la Acción Civil

Bajo el sistema español, cuya doctrina estamos siguiendo, la extinción de la responsabilidad criminal no lleva aparejada la extinción de la acción civil, simplemente el juez no puede pronunciarse; empero, enseña Arnaiz, que hay excepciones y nos dice: *“La redacción del artículo 119 del CP concede de manera excepcional, competencia al juez para pronunciarse sobre las cuestiones relativas a la responsabilidad civil deducidas en el proceso penal, cuando éstas hayan concluido mediante sentencia absolutoria al concurrir alguna de las causas de exención de la responsabilidad criminal previstas en el art. 118 del CP. Nos encontramos ante una norma necesaria y de plena coherencia con el art. 118, 1 del CP., en el que se dispone que la exención de la responsabilidad criminal no conlleva la civil, pues de no existir dicha previsión, podrían plantearse serias dudas interpretativas a cerca de la competencia del juez penal para pronunciarse sobre la responsabilidad civil no existiendo condena penal”*⁹⁹. Debemos advertir que la accesoriedad de la acción civil, no debe llevarnos a concluir que la pretensión civil deriva de la penal¹⁰⁰.

En nuestro sistema patrio, la doctrina nacional, al calificar a la acción civil ejercitada en el proceso penal como “objeto accesorio”¹⁰¹, “incidental”, “eventual” o “contingente” de la pretensión penal, quiere hacer referencia al ejercicio “accesorio” de la acción civil unida a la acción penal, esto también lo apreciamos como una VARIABLE; al respecto, la doctrina nacional fundante, ya había descubierto que su uso es dispar e incluso contrapuesto; al respecto debemos citar al maestro Domingo García cuando sobre la accesoriedad dijo: *“La ley reconoce al lesionado la facultad de interponer la acción*

⁹⁹ ARNAIZ SERRANO. ob. cit. p. 326/327.

¹⁰⁰ ARNAIZ SERRANO, Amaya. Tesis Doctoral “La Acción Civil en el proceso penal: elementos subjetivos”. Madrid 2004. p. 74 dice: *“Finalmente, es preciso advertir que la accesoriedad de la acción civil lo que no puede llevarnos es a concluir que la pretensión civil deriva de la penal”*.

¹⁰¹ SAN MARTÍN CASTRO, ob. cit. “Derecho Procesal”, p. 237. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. Editorial Rodhas. Lima, 2007. p. 257.

indemnizatoria en forma accesoria, juntamente con la penal; o independientemente en la vía ordinaria. Es facultad alternativa, no acumulativa, es decir qué si la ejercita, en una vía, no puede hacerlo en la otra; escogida una vía queda cerrada la otra. La falta de éxito en una o descontento por el escaso monto señalado, no autoriza a la víctima del delito a presentarse en la otra vía con igual pretensión. Ya agotó su pretensión indemnizatoria (Así se ha expresado la Corte Suprema desde antes, ver R.J.P. 1969. p. 1514; A.J. 1934, p. 193)”. Y respecto al hecho, qué si es accesorio, en ocasiones, es posible que la acción penal pueda no existir, pero seguirá existiendo la acción civil derivada del delito, pero tal acción solo será procesada en sede civil, al respecto dirá: “Puede haber acción penal sin pretensión económica (cuando existan casos de inimputabilidad o de justificación en que se dicta una medida de seguridad). Cuando hay pretensión económica pero no puede haber pretensión punitiva (por ejemplo, en los casos de la amnistía – Art. 126 C.P.- o delitos contra el patrimonio entre parientes con estrecho vínculo familiar, - Art. 260 C.P.-, entonces como no cabe reclamar nada en la vía penal, pues ésta no está expedita, tiene que dirigir su acción indemnizatoria por la vía civil. La existencia del proceso penal es presupuesto necesario para ejercitar la acción civil. Cuando se desecha la acción penal (por absolución, prescripción o porque solo se dicta una medida de seguridad), la acción civil desaparece. La no imposición de una sanción penal trae consigo la desaparición de la acción civil derivada de delito. En tales casos, la víctima tiene que recurrir al juicio ordinario”¹⁰².

Tomando postura, de todo el devenir legislativo de nuestros códigos sustantivos penal y civil y adjetivo penal, se tiene que en un inicio, los daños provenientes de delitos, tenían que reclamarse en sede civil, no en sede penal, no se conocía la **“accesoriedad”** de la acción civil a la acción penal, posteriormente se reconoce que la acción civil, era accesorio a la acción penal, y siempre que haya condena, tenía y debía indemnizarse a la víctima (presencia de una variable dependiente del resultado penal); esta postura fue como hemos sostenido, el de más duración, y evidentemente era el sistema civil de responsabilidad **“ex delicto”** que consideró a la acción civil como

¹⁰² GARCÍA RADA, Domingo. ob. cit. p. 88/89.

accesoria; pero nunca se imaginó la judicatura de indemnizar a las víctimas, cuando el procesado haya sido absuelto o sobreseído el caso, no utilizó el sistema de responsabilidad civil pura o responsabilidad civil extracontractual, dejando incontestadas tal vez miles de causas de los agraviados y los empujó a realizar el “*peregrinaje procesal*”, esto es que luego de haber litigado en sede penal y no haber obtenido la reparación del daño, tuvo que transitar por sede civil para obtener el pago de los daños y perjuicios, la judicatura no fue creativa en utilizar los mecanismos sustantivos, ni procesales para evitar éste entuerto, entonces, haber consideración a la acción civil como una “*acción accesoria*” a la acción penal, tuvo un costo procesal muy cuantioso al momento de dejar sin indemnización a las víctimas en sede penal. La posibilidad de encontrar indemnización en la misma sede penal, cuando el hecho penal era sobreseído o se habría dictado sentencia absolutoria, sería ver a la acción civil en su esencia como “*contingente*” (eventual, accidental, circunstancial, casual, fortuito, inseguro, azaroso), y ese riesgo de inseguridad no asumieron la judicatura en todos los años anteriores, a la vigencia del NCPP.

4.4 De la “*contingencia*” de la acción civil

En el sistema patrio sobre la responsabilidad civil “*ex delicto*” conforme al pensamiento del maestro García Rada, había señalado con su voz autorizada que cuando se desecha la acción penal la acción civil – como accesoria - desaparece y en tales casos el perjudicado tiene que recurrir a sede civil, ésta postura doctrinaria influyó decididamente en el foro peruano, en la judicatura y la propia jurisprudencia, en el sentido que si el delito se extingue por cualquier causa, o mejor todavía si se absolvía al reo o se sobreseía la causa, no se tenía porque indemnizarse a la víctima, si bien no tuvo norma alguna que le respaldara, su voz autorizada en su célebre “*Manual de Derecho Procesal Penal*” fue de influencia total y no permitió tender puentes con el sistema civil y procesal civil, para generar una tutela judicial eficaz y eficiente a los perjudicados; muy por el contrario el Código Penal de 1991 reforzó ésta postura del maestro, pues sin tener antecedente legislativo patrio, se positivó

su pensamiento en el artículo 100 del código sustantivo penal vigente que dice: *“La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal”*; **considero esto fue un gran error**, si se dicta sentencia absolutoria, o se sobreseía la causa, debía contestarse la acción civil, García Rada decía que se recurra al juicio ordinario, por qué? Si ya se habían pronunciado que la acción civil, era independiente de la pena, entonces, la acción civil debía ser respondida en la misma sede, pero ello no se hizo (durante toda la vigencia de los dos códigos adjetivos penales anteriores), con lo cual los Tribunales del país dejaron incontestadas infinitas causas de miles de agraviados.

Tomando postura personal, como no contamos en la actualidad, con arreglo a la doctrina nacional, una terminología aceptada, utilizo, los términos **accesorio e incidental** como sinónimos, para referirnos a la sujeción o dependencia de la acción civil respecto de la penal en cuanto a su tramitación en la vía penal; mientras que reservaré el vocablo **eventual y contingente** como VARIABLE INDEPENDIENTE, para poner de relieve, que nos encontramos ante un objeto posible del proceso penal, pero en ningún caso *“necesario”*¹⁰³; así autorizada doctrina sostiene que **la acción civil es “contingente”** porque *“significa que puede ejercitarse juntamente con la represión del delito, accionar en la otra vía o no ejercitarla por razones personales”* (GARCÍA RADA, ob. cit. p. 86); por su parte reconocida doctrina sostiene que **“contingente” es aquello que puede o no nacer del delito**¹⁰⁴, he allí el fundamento del porque estamos ante una variable independiente.

Así la infracción de cualquier naturaleza – no de origen penal – tendrá su correlato normativo en las normas de la responsabilidad civil extracontractual o contractual en forma excepcional, mientras que solo cuando el hecho se encuentra tipificado en la ley como delito surge la esfera del derecho penal¹⁰⁵.

¹⁰³ ARNAIZ SERRANO. ob. cit. p. 323/324

¹⁰⁴ FLORIAN, Eugene. dice: *“La acción civil es contingente, lo que quiere decir que puede nacer del delito, o no nacer, sea porque se trate de delitos que no cause daño patrimonial resarcible, sea porque el titular no quiera ejercerla”*. “Elementos de derecho procesal penal”. Editorial Jurídica Universitaria, pág. 110

¹⁰⁵ FONT SERRA, E. “Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el Proceso Penal.”, dice: *“Debe quedar claro que, desde una teoría general del Derecho, en el delito primero está la responsabilidad civil y después la responsabilidad penal. Podríamos decir qué dentro de una esfera general de la responsabilidad, hay una esfera concéntrica, más reducida de responsabilidad penal”*. p. 947

Tomando postura, considero que no toda responsabilidad civil emergente de un hecho con apariencia penal, tendrá su respuesta indemnizatoria, solo lo tendrá conforme a esta doctrina, las que tienen vinculación con el hecho punible, o sean conexas a ellas o producto de ellas qué sin ser penal, la competencia adhesiva todavía puede pronunciarse válidamente. Por eso **considero, que en consecuencia, bajo el principio de accesoriedad, el proceso penal no está diseñado para perseguir una tutela judicial de carácter privado como lo es la indemnización;** pues no debemos olvidar que el proceso penal tiene por objeto hacer realidad el *ius puniendi* entendido como Derecho de penar, el mismo que se irroga el Estado y que por razones de conveniencia procesal, economía y concentración permite que la acción civil y la acción penal, a pesar de ser heterogéneos, puedan ser acumuladas, solo así se puede hablar de una tutela judicial efectiva. **Si bien el juzgador penal, tiene la obligación de pronunciarse, bajo el principio de accesoriedad, sobre la responsabilidad civil, cuando la pretensión penal es exitosa;** tal obligación no es absoluta, pues aún en el supuesto que la acción penal no sea satisfactoria tendrá que pronunciarse sobre la acción civil derivada del delito, solo en los casos que es “*válidamente ejercitada*” y “*cuando corresponda*” tal como se dispone in fine del artículo 11, ordinal 3° del NCPP; éstas exigencias, deben ser **interpretadas restrictivamente**, son “*excepciones de la excepción*” que tiene el juez de pronunciarse sobre la acción civil que nace indirectamente de un hecho con apariencia delictiva, aún en el supuesto de sobreseimiento o sentencia absolutoria; **eso es, con arreglo al carácter contingente de la acción civil,** ergo, la responsabilidad civil “*ex damno*” opera como “***responsabilidad civil residual***” de la responsabilidad civil “*ex delicto*”. Entonces, considero por **el carácter “contingente” de la acción,** el proceso penal podrá discurrir sin la necesidad del hecho delictuoso, basta y sobra que el hecho solo haya tenido una apariencia delictiva y por ello al extinguirse, surge el carácter “*contingente*” de la acción civil como variable independiente del delito y que tiene su correlato en la responsabilidad civil extracontractual o muy excepcionalmente en la responsabilidad civil contractual; solo que por conveniencias, de diversa índole, se permite que la acción civil se acumule al proceso penal; con el cual queda ampliado su objeto penal, ya no es solo el escenario del “*ius puniendi*”,

sino también el escenario para lograr la reparación civil derivada del delito; pero éste último escenario no es definitivo pues será voluntad del perjudicado ejercitarlo o no en sede penal (El artículo 12 ordinal 1 del NCPP dice en forma clara “El perjudicado por el delito **podrá ejercer** la acción civil en el proceso penal o ante el Orden Jurisdiccional Civil”); empero, tal ejercicio no condiciona, ni es necesaria para el desarrollo del proceso penal, el mismo que se basta con la presencia de una pretensión de orden penal. El carácter “**contingente**”, considero en primer lugar, que en el caso peruano, se manifiesta en el proceso penal porque no todo hecho delictivo resulta perjudicial, lo que significa que no cabrá ejercicio acumulado de acción resarcitoria, no habiéndose producido daño alguno; la responsabilidad civil y, la acción para exigirla, no nace del delito o falta en cuanto tales, sino de los hechos en la medida en que son constitutivos de un ilícito civil; la norma contenida en el artículo 12, ordinal 3° del NCPP, señala que si bien la acción civil, procede aún en el supuesto de haberse dictado un auto de sobreseimiento o una sentencia absolutoria, el legislador, exige que se fijará la reparación civil, siempre y cuando la acción es “**válidamente ejercitada**” y “**cuando corresponda**” lo que interpretado, implica realizar un análisis más allá del carácter delictivo que tuvo el hecho de apariencia punible, que al final no lo es, pero tuvo, vamos a decir así “*consecuencias civiles*”, que son necesarias deslindar si se pueden o no amparar, cumplido que fuera la responsabilidad civil “*ex delicto*” por una responsabilidad civil “*ex damno*”.

Determinar, si el objeto civil es accesorio o contingente, como variable, es importante para comprender cabalmente la naturaleza jurídica de la institución, pero ello, no ha sido determinado cabalmente por la máxima jurisprudencia de nuestro país; en principio el maestro César San Martín, quien es uno de los que se ocupa de la naturaleza jurídica de la acción civil “*ex delicto*”, sostiene que del delito nunca nace o deriva responsabilidad alguna, sino solamente la responsabilidad penal, pero al mismo tiempo dice que si bien la resolución de la cuestión civil no está supeditado a la emisión de una sentencia condenatoria, es posible que se imponga una indemnización civil en una sentencia absolutoria y seguidamente cita el artículo 12.3 del

NCPP¹⁰⁶; consideramos, que la postura no es adecuada, la responsabilidad civil **“ex delicto”** históricamente correspondió al pago de la reparación civil, cuando se constató la existencia del delito y se condena y por eso emerge la **“accesoriedad”** de la acción civil respecto de la acción penal, ambas dentro del proceso penal; y si en ese mismo, caso por ejemplo, el delito se extingue, por cualquier causal, ya no es posible pronunciarse por el carácter **“accesorio”** de la acción civil a la acción penal, sino que teniendo a nuestro frente daños, por el carácter **“contingente”** de la acción civil, el juez debe pronunciarse sobre la indemnización ya no por la responsabilidad civil **“ex delicto”**, sino por la responsabilidad civil **“ex damno”**, ya no interesa si el delito se extinguió, sino lo que interesa es que ese mismo hecho que nació como presunto delito, dio causa eficiente para el daño, ese es el carácter **“contingente”** no comentado por el maestro; el Acuerdo Plenario No 4 – 2019, tiene el acierto de mencionar, que es necesario replantear conceptos tradicionales y hacer efectivo los derechos de las víctimas y perjudicados, (fundamento 19) y cuando asume el tema de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil **“ex delicto”** (fundamento 25), la Corte Suprema de la especialidad penal, siguiendo a Cortez Domínguez, dicen que del delito no nace la acción civil, como tampoco hay obligaciones que nazcan de los delitos, esa responsabilidad no nace porque el hecho sea delito, sino porque el hecho produce el daño o porque implica un menoscabo patrimonial de la víctima. La relación jurídica material, siempre, es de derecho privado y participa del carácter dispositivo (...) no pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en el proceso penal y (...); su contenido y extensión han de calibrarse con arreglo a la normativa civil (...); se cita igualmente doctrina de Cobo-Vives y Mantovani quien sostiene *“(...) que el daño resarcible, o daño civil, es distinto del que pudiera denominarse daño penal. Este último se halla constituido por la ofensa al bien jurídico, mientras que el primero consiste en las pérdidas patrimoniales y en los sufrimientos de toda índole padecidos por la víctima.”*; también el Acuerdo Plenario ya memorado (fundamento 26), *“se sostiene que la acción civil “ex delicto” ejercitado en el proceso penal, por el Ministerio Público o agraviado, genera un proceso civil acumulado al proceso,*

¹⁰⁶ SAN MARTIN CASTRO, ob. cit. 2015, p. 268/271.

una acumulación heterogénea de acciones (penal y civil), bajo propios criterios de imputación jurídica. La relación entre objeto penal y objeto civil estriba en que se trata de unos mismos hechos cometidos por una misma persona, luego la responsabilidad civil ex delicto y la extracontractual son una única institución, y su ejercicio importa una única acción civil, aunque con la posibilidad de un concurso de normas – las del Código Civil y las reguladas en el Código Penal”; pero aunque se trata de una única institución, el Acuerdo señala que: *“La acción penal y la acción civil derivadas del hecho delictivo tienen una indudable autonomía, sin que por tanto, la penalógica de la norma penal condicione ni afecte, en su caso, ni la existencia ni a la cuantía correspondiente”.* **Tomando postura**, con las citas adecuadas, de la doctrina extranjera estamos conforme, por precisar normativamente a cada institución señalada; todo lo sostenido por los maestros nombrados nacionales y extranjeros en el Acuerdo Plenario No 4 – 2019, tienen como sustento, la autoridad de sus dichos; empero entre la doctrina y la ley, prefiero a ésta, porque si estamos ante un Sistema Normativo del Derecho Común, la primera fuente de derecho es la norma, que debe ser la vigente en un determinado tiempo y espacio; entonces echemos un vistazo a las normas (lo hice con más detalle en el Capítulo III referido a la evolución histórica de la institución en nuestro país), para sacar una conclusión; apreciemos entonces lo que nos decían los Códigos en Perú en cada época:

- El Código Civil de 1852, señalaba al Delito como fuente de las obligaciones patrimoniales; entonces, si el delito se ha producido, genera la obligación de reparar el daño; este carácter **“accesorio”**, siempre se reconoció como responsabilidad civil **“ex delicto”**, pues era el daño que provenía del delito. Empero si ese mismo delito, se extinguía por cualquier causa señalada en la ley, y esos hechos habían causado un resultado dañoso y existe conexión subjetiva y objetiva, siendo daños civiles, debían indemnizar por su carácter **“contingente”**, pero la judicatura nunca indemnizó en la misma sede penal, a pesar de ser claras las normas, aunque no había una norma expresa semejante al artículo 12 ordinal 3ro del NCPP. Esa misma postura, se ha venido repitiendo con los códigos civil y penal respectivamente.
-

- El Código Civil de 1984 vigente, señala en el artículo 1969, que el daño proveniente por dolo, es fuente de obligación para lograr la indemnización; el dolo fuera de sede contractual, es simplemente cometer algo con conocimiento de causar daño, el eximio León Barandiarán comentando el Código Civil de 1936, señalaba que el artículo 1136 sostenía, que si el legislador habla de culpa se refiere a hechos culposos y ¿cuándo dice hechos, a que se refiere? Dice: *“El artículo 1136 no menciona el dolo. Es absurdo, empero, considerar que no ha querido referirse a él. Cuando habla de hecho, se refiere a hecho doloso”*, como soporte de aquel código y de éste, tenemos que nuestro maestro Fernando de Trazegnies Granda, el autor del delito del libro de Responsabilidad Civil extracontractual y la jurisprudencia de la Corte Suprema siempre sostuvo que el delito opera como fuente de obligaciones y el daño ocasionado por el delito, por su carácter **“accesorio”**, siempre se conoció como responsabilidad civil **“ex delicto”**, pues era el daño que provenía del delito debía indemnizarse. Empero si ese mismo delito, se extinguía por cualquier causa señalada en la ley, y esos hechos habían causado un resultado dañoso y existe conexión subjetiva y objetiva, siendo daños civiles, debían indemnizar por su carácter **“contingente”**, pero la judicatura formada con el Código de Procedimientos Penales de 1940 y el propio Código Penal de 1991, nunca indemnizó en la misma sede penal, a pesar de ser claras las normas y el carácter civil que era de su competencia, su justificación fue como hasta ahora, que no había una norma expresa que autorizaba la indemnización semejante al artículo 12 ordinal 3ro del NCPP.

Entonces estimo que, el Acuerdo Plenario sobre éste extremo no es acorde a nuestro desarrollo histórico jurídico de las instituciones comprometidas, donde es evidente que hay dos tipos de responsabilidades **“ex delicto”** y **“ex damno”** en forma sucesiva y no se puede confundir, ni abordar los temas de la **“accesoriedad”** de la acción civil y/o su carácter **“contingente”**; solo así podremos entender cabalmente la naturaleza jurídica de la acumulación de la acción civil a la acción penal, en un solo proceso como es el penal y no en dos procesos como mal refiere el Acuerdo; en conclusión:

el delito sí es fuente de obligaciones, en especial cuando existe reparación civil, pero su extinción no elimina la posibilidad de pago de los daños civiles que ese mismo hecho puede haber causado, siempre que éste tenga **“conexión objetiva”** (con el hecho) y **“conexión subjetiva”** (con las partes) y opere con su carácter **“contingente”**, esto es de ser eventual y si el daño persiste. Entonces, las fuentes para considerar la responsabilidad civil como **“ex delicto”** o como **“ex damno”** tiene su fuente en textos normativos peruanos, traídos de España; su fuente no fue la doctrina, como ahora se hace notar.

Por eso considero que, aun cuando el juez penal tenga competencia para pronunciarse sobre el objeto civil, lo hará en forma **“residual”**, cuando el hecho sea conexo al hecho con apariencia penal, más aún si el proceso penal no está diseñado para albergar una pretensión indemnizatoria que debería utilizar los cánones procesales más expeditivos que el penal, por eso la acción civil **“ex damno”** no se puede utilizar en todo caso, sino que se exige que el daño, debe tener **conexidad** y ser verdaderamente **contingente**, por ello el legislador peruano es exigente al sostener que dicha acción **“ex damno”** solo será exitosa si es **“válidamente ejercitada”** y **“cuando corresponda”**. Pongamos un ejemplo: A y B salen de compras, B que es el marido, por su negligencia, baja imprevistamente a la calzada en zona de tráfico ligero y es atropellado por un vehículo conducido por C, lanzado por los aires, queda privado en el suelo, su esposa A que era la espectadora, muere de un infarto por la impresión que sufrió; se va a juicio y el juez llega a la conclusión que B, si bien sufrió lesiones no son graves pues llegaron a solo 25 x 25, y decide absolver a C; la pregunta es C debe indemnizar por haber **“causado”** la impresión a la esposa A y finalmente su muerte?. En este caso, no solo está en juego, el carácter **contingente** de la acción civil, **sino también la conexión objetiva**, la muerte de C, tiene vinculación objetiva con los hechos del atropello o son ajenos?, si optamos por lo primero debe indemnizarse y si optamos por lo segundo no deberíamos indemnizar en sede penal. Luego de nuestra explicación arriba mencionada, puedo sostener que en efecto la acción civil acá se tramitó como **accesorio e incidental** a la acción penal, pero al ser desestimada ésta, y los hechos no tienen conexión objetiva, en sede penal no hay nada que indemnizar por falta de conexión, por lo que sí

podría prosperar una acción de responsabilidad civil extracontractual o responsabilidad civil pura, en sede civil.

4.5 De la modificación de las Normas Competenciales por la Conexión

En el sistema patrio, cuando se da un hecho jurígeno (León Barandiarán sostenía que, éste, es el hecho con consecuencias jurídicas), a pesar de ser único, de ella pueden aflorar una determinada acción, pero pueden emerger distintas acciones de un mismo hecho histórico, **considero que** entonces, estamos presente, ante acciones homogéneas o heterogéneas; si son homogéneas, el legislador peruano ha previsto su ejercicio en conjunto (son ejemplos de la acumulación originaria de acciones, lo previsto en el artículo 336, ordinal 2do inciso b) **o** la acumulación alternativa y subsidiaria de acciones, como sostiene el artículo 349 ordinal 3ro del NCPP **o** la presencia del concurso real de delitos y/o faltas con arreglo a los artículos 50 y 50-A del Código Penal); y cuando hay acumulación de acciones – o de delitos – o de procesos se requiere de un requisito fundamental, que haya **conexión subjetiva y conexión objetiva**, tal como lo reconocen los artículos 31, 32 y 46 del código ya citado). Entonces, toda acumulación homogénea supone una alteración de las competencias (operando como variable dependiente) fijadas para los órganos jurisdiccionales. Siendo así, cuando se produce la acumulación de la acción civil a la acción penal, sucede una modificación sustancial de las normas competenciales, así en el NCPP, el artículo 12 ordinal 1 del atribuyen competencia civil a los jueces penales, solo a efectos del conocimiento de la pretensión de indemnización, no cabe duda de que la acumulación heterogénea, al menos en principio, no puede conllevar una modificación de las normas de atribución de jurisdicción por razón del objeto; de modo tal que cuando el legislador establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena – artículo 92 del Código Penal - está indicando que el juez penal ejerce competencia penal y luego competencia civil, esto, desde el punto de vista de la responsabilidad civil “*ex delicto*”; lo mismo sucede, con la modificación de competencia para la responsabilidad

civil “*ex damno*”, en el cual el juez que conoció el hecho con apariencia penal, luego de desestimar su carácter punible, pasa a apreciar si los daños, tienen conexión con aquel hecho, si la conexión se da y existe daño, el juez extiende su competencia para fallar sobre el objeto civil a favor o en contra de la víctima o perjudicado. Esto significa que el órgano jurisdiccional (juez unipersonal o juzgado colegiado) debe verificar su misma competencia (variable dependiente) con relación al objeto civil acumulado, en cualquier momento del proceso y que ella no puede ser ampliada, comprende solo los temas que se le ha asignado por ley; tómesese en cuenta, que la competencia para resolver lo atinente a la acción civil deducida en el proceso, solo le permite ver ese tipo de competencia, en tanto y en cuanto, tiene facultad y jurisdicción de conocer la acción penal, por ende su facultad competencial no es amplia y general y si apartamos la acción penal del conocimiento del juez penal, éste deja de tener competencia, para conocer la acción civil acumulada en cualesquiera de sus formas.

Entonces, es válida la siguiente pregunta: ¿qué casos no entran en el sistema de responsabilidad civil “*ex delicto*”, pero que podrían ingresar al sistema de responsabilidad civil “*ex damno*” – pues esta tesis trata de éste sistema y no de aquel –? Los casos que no pueden ser procesados como delito, son los que relata la ley, por ejemplo, en el artículo 344, 2° dice que el sobreseimiento procede cuando: “**El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuirse al imputado**” y la pregunta también sería, a pesar del sobreseimiento de la acción penal, implica que tampoco pueden ser indemnizados en sede penal a propósito de la responsabilidad “*ex damno*”? ello no está regulado en nuestro NCPP; pero por regla general, podemos extraer, si por ejemplo: un sujeto A con su vehículo colisiona por alcance, con otro vehículo donde viajaba B con una dama, el vehículo es enviado al taller y la dama al hospital porque inclusive se desmayó; el Fiscal se apresura a formalizar investigación preparatoria por el delito de lesiones, luego de casi un mes recibe la información del médico legista, que la dama solo tiene lesiones de dos días de descanso médico por dos días de atención médica, pero el vehículo sí se ha deteriorado, y es nuevo, con una pericia por daños sostuvieron que reparar el vehículo como antes, costaría la suma de diez mil soles; es evidente que no hay delito de lesiones culposas, **pues el hecho**

objeto de la causa no se realizó (artículo 344, ordinal 2° inc. a), ab initio del NCPP), empero es innegable que el daño culposo que sufrió el vehículo nuevo es ostensible, entonces, el juez penal, estando ante un hecho con apariencia punible, podría sobreseer la causa y fijar el monto de la reparación civil?, **tomando postura**, bajo una interpretación auténtica que la responsabilidad civil “*ex damno*”, no emerge precisamente de un delito, sino emerge ante la presencia de un daño, que se produjo como un daño ulterior, éste caso, el **“hecho objeto de la causa sí se realizó”**, los daños al vehículo son evidentes, estamos ante un mismo hecho histórico y por ende, sí debería indemnizarse por el juez penal, pues la competencia del juez penal culminó cuando el hecho punible fue constatado que no se realizó, pero que ante la realización del daño civil causado, con el factor de atribución de culpa por riesgo u objetiva, se tendría que indemnizar por los daños materiales; lo interesante es apreciar la **“conexión”** entre el hecho de apariencia penal y el mismo hecho pero que generó daño material (ésta es una variable independiente). El otro tema, conforme al otro supuesto de hecho mencionado por la norma, es que **“el hecho objeto de la causa no puede atribuir al imputado”** (artículo 344, ordinal 2° inc. a), in fine del NCPP), esto es, si el hecho, fue causa directa por un caso fortuito o de fuerza mayor, no existe objeto penal que perseguir y menos resultado civil que condenar, por ejemplo: el caso de A que venía conduciendo su vehículo a velocidad apropiada en el Paseo de la República de Lima y resulta que de improviso cae delante de su vehículo una persona que se lanzó del puente, buscando suicidarse, al caer, A no pudo esquilarlo, por ser de imposible visibilidad, lo atropella y lo mata por las múltiples contusiones, acá el hecho objeto de la causa no puede atribuirse al imputado – al tratarse de un caso: caso fortuito¹⁰⁷ -, el hecho es atípico y no hay responsabilidad penal, ni responsabilidad civil; si bien ésta norma se encuentra en el dictado de un sobreseimiento en la etapa de investigación preparatoria o etapa intermedia, trae como consecuencia que el juzgador ya

¹⁰⁷ Acá juegan dos eximentes, que deben ser interpretados sistemáticamente, por la eximente penal, se aplica el artículo 344, 2°, inc. a) in fine del NCPP y sobre la ruptura del nexo causal en materia civil debe interpretarse sistemáticamente, aplicando el artículo 1315 del Código Civil dice: **“Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución o de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”**. Se entiende que si es natural, estamos ante un CASO FORTUITO y en presencia de un evento que es imposible haber previsto el conductor, en el caso concreto planteado.

no puede aplicar el artículo 12 ordinal 3 del NCPP; pero éstos supuestos, no están regulados, ni siquiera meridianamente por el legislador, lo que va a traer discusiones en los tribunales, esperamos que la jurisprudencia sea cauta y actúe conforme a las normas del derecho comparado y de la jurisprudencia internacional. En España, de donde creemos que se ha inspirado la fuente normativa¹⁰⁸ del artículo 12 ordinal 3, es la existencia del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que reza: *“La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer”*.

Mi postura es que resulta fundamental si el HECHO SE REALIZÓ o NO SE REALIZÓ (nosotros no hablamos de existencia o inexistencia, como en el sistema español), si se realizó el hecho, ello habilita la competencia del juez penal a conocer de las acciones derivadas del delito y el daño que habilita el pago de la reparación civil, en el ámbito de una responsabilidad civil “*ex delicto*” (en ese sentido estamos ante una variable dependiente); **pero, si el hecho penal NO SE REALIZÓ**, el juez penal deja de tener competencia sobre la acción penal, pero podría tener competencia sobre la acción civil, a través de un hecho de apariencia punible y que puede haber derivado consecuencias que causaron daños (en ese sentido estamos ante una variable independiente); en consecuencia, se habilita la responsabilidad civil “*ex damno*”, a favor del agraviado o en todo caso, la víctima, puede recurrir a sede civil para intentar tener éxito, tampoco tenemos norma al respecto; el segundo párrafo de la norma española antes citada menciona: *“En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido”*. Hubiera sido saludable para el sistema peruano tener una norma similar; al no tenerla será la jurisprudencia quien desarrolle estos temas.

Entonces, al juez penal no le es suficiente que analice, si el pedido del

¹⁰⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Lima noviembre 2015, p. 267. El maestro, señala que el CPPP se afilia al sistema francés, en principio de obligatoria competencia civil del juez penal, con la finalidad de resarcir el daño ocasionado por el hecho presuntamente delictivo, pero no nos muestra su fuente.

actor civil procede o no, pues conforme al examen de suficiencia que debe hacerse según los artículos 92, 100, 101 del CP, tienen que analizar si el HECHO HISTÓRICO SE REALIZÓ o NO SE REALIZÓ o si ese HECHO HISTÓRICO es o NO ATRIBUIBLE al imputado; si el hecho existe y se realizó, está en la posibilidad de aplicar la responsabilidad civil “*ex delicto*”, por el carácter **accesorio** de la acción civil a la penal; pero si el hecho no existe (por absolución o sobreseimiento), entonces la acción penal se ha extinguido, pero, la acción civil por su carácter **contingente**, puede subsistir, entonces, queda habilitado para ingresar al artículo 12, 3° del NCPP; para poder aplicar la acción civil derivada o responsabilidad civil “*ex damno*”, considero que siempre tendrá que demostrar el daño, aunque existen excepciones muy puntuales, que los enunciaré en el siguiente párrafo.

Siguiendo esa línea normativa, en nuestro país, conforme a lo que sostuve, el artículo 92 del NCPP constituye un supuesto de acumulación de acciones de naturaleza heterogénea permitido y obligatorio, pues ordena que: “*La reparación civil se determina conjuntamente con la pena*” e inclusive el legislador da posibilidad a su ejercicio alternativo y accesorio conforme a la norma contenida en el artículo 12 ordinal 1 del NCPP, cuando dice: “*El perjudicado por el delito podrá ejercer la acción civil en el proceso penal o ante el Orden Jurisdiccional Civil*” (esto es la acumulación alternativa); y en cuanto a que es “*accesorio*” tenemos nuestras reservas, pues si la acción penal prospera, significa que accesoriamente, tiene que establecerse el monto de la reparación civil; pero eso no siempre sucede, pues puede existir que la acción penal sea desestimada; entonces, bajo un sistema de acumulación de acciones, lo accesorio sigue la suerte del principal; por ende no tendría por qué pagarse la reparación civil al haber perdido la pretensión penal, entonces la consabida **accesoriedad**, puede llevarnos a equivocarnos que si el proceso penal se extinguió por alguna causa ya no es posible perseguir el pago de la reparación civil, más aún si el artículo 100 del código sustantivo penal, dice: “*La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal*”; entonces, bajo una interpretación “a contrario sensu” se entiende que la acción civil solo pervive mientras la acción penal exista, ésta norma es válida para el sistema de responsabilidad civil “*ex delicto*”, y allí debe quedar reducida bajo una interpretación sistemática y restrictiva. Empero, si

aplicamos una interpretación sistemática por comparación de las normas antes citadas, con el artículo 12, 3º de mismo código adjetivo penal se sostiene que: *“La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda”*; entonces, dichas normas no se relacionan, pues la contenida en el código instrumental penal, nos dice aún en el supuesto de que la acción penal ya se extinguió por cualesquiera de las causas contenidas en el artículo 78 del mismo cuerpo de leyes, si hubo daño, tendrá que resarcirse, así lo resuelto sobre la acción penal nos fuera adversa. De lo que se infiere, que la acumulación de acciones de naturaleza heterogénea tiene su base en que las relaciones emergentes de un hecho con apariencia penal, deben tener **conexión objetiva** pues ambos hechos tienen una sola base fáctica que permiten la extensión del objeto del proceso penal y del cambio del orden jurisdiccional, para conocer de la acción civil acumulada, sea en su aspecto de responsabilidad civil *“ex delicto”* o, sea en su aspecto de responsabilidad civil *“ex damno”*, todo basado en la **“conexión objetiva”**, extremo que para ésta última responsabilidad fue desconocida por la judicatura nacional; **tenemos pues, un sistema trialista de responsabilidad civil.**

Pero considero que, los problemas ya detectados surgen, cuando concurren acciones que son heterogéneas, y que su naturaleza compromete dos ámbitos del derecho de distinta naturaleza, el derecho público (derecho penal) y el derecho privado (derecho civil), normalmente, cada uno de éstos supone una jurisdicción penal y una jurisdicción civil; sin embargo, para éstos casos por economía procesal y tutela judicial efectiva, el legislador, prevé tal posibilidad y permite que la acción penal y la acción civil, sean ejercitadas en forma conjunta, yo estimo que adicionalmente a la economía procesal y tutela judicial, impera en éstos casos, el **principio de Concentración**¹⁰⁹; por tanto, la acumulación heterogénea de acciones, regula normas de atribución de competencias disímiles en un solo proceso, con un solo juez competente y

¹⁰⁹ Este **principio** exige que las actuaciones procesales se realicen lo más próximas entre sí, a ser posible en un solo acto, y que la sentencia se dicte en el plazo más breve posible. Es un **principio** inherente al **principio de oralidad**. Así no tiene sentido que una petición resarcitoria civil, sea postergada para solicitarse en otra vía.

también con la emisión de una "**sentencia mixta**", término que lo acuño personalmente (también acuñe, cuando ejercía el cargo de Fiscal en Huaura, el término "*posición bifronte*" del Ministerio Público, que ejercita su función buscando pruebas para eximir de responsabilidad o para fundar su acusación y que algunos tratadistas peruanos lo han difundido, sin respetar ésta pequeña autoría), a la posibilidad de que una sentencia dictada en sede penal, puede tener una declaración penal, pero también otra declaración de condena civil, sin que se afecte el sistema normativo, ni su unidad; siendo así, bajo el **principio de Concentración**, se discute las consecuencias penales y las civiles que pudieran derivarse, esa es la naturaleza jurídica del artículo 12 ordinal 3° del NCPP, toda una novedad, en materia de acumulación heterogénea de acciones que afecta las normas de competencia por razón de la materia; justamente dicha norma antes mencionada constituye una competencia por razón de la materia adhesiva de la civil a la penal.

Este proceso de acumulación, en cuanto a la **cuantía del monto** de la reparación civil, parece que podría generar, en el sistema peruano, un problema de competencia por razón al monto de la cuantía; así tenemos: el juez de paz letrado es competente para pretensiones hasta determinada cuantía; luego el Juzgado en lo Civil es competente en determinada cuantía; dentro de ella la competencia por la cuantía también tiene procedimientos distintos, como pueden ser, en el proceso de conocimiento y en proceso abreviado, dependiendo de su monto menor o mayor. Sin embargo, en el proceso penal, al existir una acumulación heterogénea de acciones de acuerdo al Código Procesal Penal, que posibilita el ejercicio de la acción penal y accesoriamente el ejercicio de la acción civil, en cuanto a la reparación del daño, el Juez Penal será competente para cualquier monto, sea ínfimo o alto, **su competencia es única**; por tanto, no tendrá problemas respecto de la competencia por razón de la cuantía de la pretensión civil; sin embargo **considero que**, deberá tomarse en cuenta que toda acumulación exige dos elementos para lograr su instalación como tal: la **conexión subjetiva y la conexión objetiva**, en el cual los sujetos involucrados en el proceso penal y exactamente comprendidos por la acción penal, deben ser los mismos sujetos que ahora aparecerán en el ejercicio de la acción civil, esto para cumplir con los niveles de **legitimación para obrar activa y pasiva**; siendo así, sobre la

conexión subjetiva, solo serán parte el presunto imputado y el presunto agraviado, no puede ingresar un tercero, esto desde el punto de vista penal, pero también desde el punto de vista civil, esas mismas personas, serán el dañador y el dañado; **pero estimo que** lo más importante, es que debe existir **conexión objetiva**, entendida como las consecuencias jurídicas emergentes (civil y penal) de un mismo e idéntico supuesto fáctico, entonces, en éstos casos, estaremos en concurso de acciones, por tratarse de acciones diversas, porque distinta es su causa de pedir, de modo tal que *“el concurso de acciones presupone la existencia de objetos materiales y procesales diversos que podrán ser acumulados si procede”* sostiene la profesora Amaya Arnaiz¹¹⁰; en efecto la **causa de pedir** – causa petendi - en la acción penal es reclamar el ius puniendi a un hecho delictivo para imponer la sanción y reclamar el daño cuando corresponda por la acción civil (se actúa como variable dependiente), aún en el supuesto que aquella se haya extinguido o no fuera posible seguir persiguiendo; con arreglo a la doctrina entonces, clausurado la acción penal, no todo hecho, aún en la presencia de una acción civil podrá ser debatida y atendida en el proceso penal, por su carácter **“contingente”**, es verdad que algunos casos sí se pueden atender, como es el caso de la responsabilidad emergente o derivada de algunas causales eximentes de responsabilidad penal, pese a que ha recaído sentencia absolutoria o sobreseimiento de la acción penal, pero esa competencia, se encuentra relacionado a la competencia que ejerce el juez penal, para conocer de la pretensión civil, habida cuenta que el juez tiene una competencia limitada para conocer de la acción civil, eso mismo alude el legislador peruano en el artículo 12 ordinal 3ro del NCPP, donde sostiene que la acción *“ex damno”* solo será viable cuando es **“válidamente ejercida, cuando proceda”**, es decir, no funciona en todos los casos, sino en los casos, cuyos elementos (legitimidad para obrar, conexión subjetiva, conexión objetiva) que propusimos anteriormente, por ello se explica la advertencia que se hace. **Por mi parte digo**, que un hecho, es el mismo, cuando existe **conexión objetiva** entre sus elementos, y la conexión como categoría en el derecho está definido en el ámbito jurídico, creo es válido tomar los alcances de una *conexión* recurriendo al proceso civil,

¹¹⁰ AMAYA ARNAIZ, ob. cit. p. 67.

si es que pretendemos del derecho una ciencia, entonces, el artículo 84 del Código Procesal Civil dice que **existe conexión** “*cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos elementos afines entre ellas*” si la conexión es el fundamento de la acumulación entre la acción penal y la acción civil, debemos entender que los hechos del cual deriva la responsabilidad civil, emergen del delito o deben tener por lo menos la apariencia de delito; nos explicamos, cuando por ejemplo el artículo 208 del C.P. sostiene: “*que no son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones ilícitas, defraudaciones o daños que se causen los sujetos*” (que en la norma se menciona); el legislador está señalando, que el hecho si bien es delito, por la presencia de una excusa absolutoria – presencia de familiares como sujetos activos del delito -, no merece ser sancionado, ese mismo hecho, al demostrar que hubo sustracción o apropiación o daño, es fuente directa para sustentar **la acción civil o la causa de pedir**, lo que quiere decir que, no solo hay elementos afines, sino elementos comunes, una sustracción es la privación del derecho que tiene alguien de poseer un bien y si ello ocurre esa sustracción es fuente de obligación emergente y que por mandato de la ley debe indemnizarse existiendo por tanto **conexión objetiva** por el daño existente, la **conexión subjetiva** – privilegiada - al contrario sirvió para excluir al sujeto activo del delito que cometió; lo mismo sucede con una apropiación, defraudación o daño, la **conexión objetiva o material** es obvia y sin mayor problema, pero habrán otros casos donde el tema no es tan exacto y se presta a discusiones y debate, en especial para los casos de responsabilidad civil “*ex damno*”; por ejemplo: quien robó estando protegido con la eximente de embriaguez absoluta o quien comete estafa bajo el uso de un contrato, en ambos casos hay daños civiles, entonces, ese daño civil, es un criterio de **conexión objetiva** del ilícito penal si bien extinguido, pero la responsabilidad civil no tiene porqué extinguirse.

Resumen, la acumulación que se cumple en este procedimiento, es heterogénea, pues hay una acción penal en principio, que de declinar, conforme al supuesto de hecho contenido en el artículo 12 ordinal 3° del NCPP, el juez penal sigue siendo competente para pronunciarse por la acción civil, no interesando su cuantía pero siempre circunscrito a tres ámbitos, que señala el artículo 93 del Código Penal y que es el contenido de la reparación

civil comprendiendo a: la restitución del bien y si no es posible, el pago de su valor **y** la indemnización de los daños y perjuicios; entonces puede conocer de la acción civil emergente – no necesariamente del hecho punible extinguido – del mismo hecho penal en principio – como son los casos de responsabilidad civil de incapaces, de los que han sufrido alteración de la percepción o de haber perdido la capacidad de obrar, del estado de necesidad, del consentimiento, del miedo y otros – **pero considero que no podría conocer de todas las acciones civiles**, porque sería desnaturalizar la institución y la competencia originaria del juez penal; entonces **debemos exigir que exista conexión subjetiva y objetiva** en la relación procesal, para poder abordar temas de indemnización, a eso responde la auténtica naturaleza y alcances de la institución resarcitoria, tal como está legislado en el artículo 12, 3° del NCPP.

4.6) Del “efecto consuntivo” de la acción civil en el proceso

A nivel internacional en el proceso penal español, la jurista Arnaiz Serrano¹¹¹, sostiene que la referida institución – del **Principio Consuntivo** – es, una creación de la jurisprudencia española y acogida por la dogmática penal desde los años 1980 y “según el cual la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal impide que la pretensión privada deducida en el proceso penal pueda volverse a plantear en un proceso civil posterior, pues se entiende - dice Arnaiz-, que la acción civil **ha quedado consumida o agotada** en dicho proceso, produciendo la resolución que pone fin a este procedimiento la excepción de cosa juzgada en el posterior proceso civil”. De ello se entiende, que si la víctima recurrió a sede penal y se constituyó en actor civil, y el resultado le fuera adverso en dicha sede, ya no puede recurrir a sede civil a exigir el pago de la misma pretensión; por eso se sostiene que hablar del “efecto consuntivo” “debe llevarnos a concluir que su alcance se extenderá a todas las pretensiones de naturaleza civil efectivamente

¹¹¹ ARNÁIZ SERRANO, Amaya. “Tesis doctoral” ob. cit. p. 106. Dice que: “Se trata de un principio de construcción jurisprudencial pero que ha sido acogido por la doctrina, y según el cual la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal impide que la pretensión privada deducida en el proceso penal pueda volverse a plantear en un proceso civil posterior”

deducidas en el proceso, de modo que la sentencia penal goce de plenos efectos de cosa juzgada para la responsabilidad civil. Esto significa que ejercitada la pretensión civil en el correspondiente proceso penal, la cosa juzgada desplegará plenos efectos respecto del objeto civil acumulado” dice Amaya Arnaiz Serrano¹¹², escribiendo para el sistema español, y concluye diciendo sobre las consecuencias del efecto “consuntivo” que: “de forma como ha señalado el TS en reiteradas ocasiones, la jurisdicción civil no puede suplir deficiencias o errores de la jurisdicción penal. Por tanto, la parte perjudicada, una vez que ha empleado el cause, del proceso penal para obtener la tutela de su pretensión civil, lo que no puede hacer es pretender buscar una nueva tutela de su crédito en el procedimiento civil”; es obvio que lo que se precia es la seguridad jurídica y la preclusión de la discusión en forma definitiva, se privilegia la “cosa juzgada”.

Tomando postura; lo que realmente sucedió en nuestro país, fue que, quienes se constituyeron en parte civil y no pudieron alcanzar una indemnización adecuada en sede penal o lo hizo pésimamente que al no obtener, adecuada tutela judicial, algunos recurrieron a sede civil a intentar la misma acción; pero ésta vez corregida, entonces no es un error de la jurisdicción penal, sino un error del legislador de no proveer mecanismos normativos adecuados y de otro lado, el error es atribuible a la defensa del agraviado o perjudicado; en cuyo caso se reabrieron debates en sede civil, como los he me mencionado, afectándose la santidad de la “cosa juzgada penal” pues si la acción civil ya se agotó ya no hay nada que discutir, al haber operado el **Principio de la “consunción”** (es una variable dependiente).

El **Principio “consuntivo”** debe regir para evitar que se afecte a la cosa juzgada; siendo así, ya con arreglo al NCPP el artículo 12 ordinal 1° se señala expresamente: “El perjudicado por el delito podrá ejercer la acción civil en el proceso penal o ante el Orden Jurisdiccional Civil. Pero una vez que adopta por una de ellas, no podrá deducirla en la otra vía jurisdiccional”, entiendo bajo una interpretación auténtica, el legislador peruano, también ha asumido el Principio “consuntivo” conforme a la jurisprudencia y doctrina ya mencionadas, si el perjudicado por el delito no va a sede civil y recurre solo a sede penal,

¹¹² ARNAIZ SERRANO, Amaya. “Las partes civiles en el Proceso Penal”. Editorial tirant lo Blanch, Valencia 2006. p. 113/114.

constituido en actor civil, ya no puede utilizar el proceso civil para hacer realidad sus pretensiones penales, pues al mismo tiempo no pueden haber dos procesos en trámite o menos dos procesos, en forma sucesiva sobre el mismo objeto civil, caso contrario se pone en riesgo el sistema de seguridad, predictibilidad y economía procesal.

Pese a la elocuencia de la norma nacional, si el agraviado recurre a sede civil, pese a la prohibición normativa, el inculpado podrá proponer exitosamente la excepción de cosa juzgada al proceso civil posterior, no interesando que la cosa juzgada provenga de sede penal y que se haga valer en sede civil, pues lo que importa es que el órgano jurisdiccional se pronunció en forma definitiva sobre el objeto civil, así lo señala el artículo 425, 3° del NCPP. En atención a lo meridianamente claro de la norma y que toda sentencia tiene límites temporales, subjetivos y objetivos; bajo esa óptica, es posible que de un solo hecho, entre las mismas partes, hayan contendido por ejemplo: la indemnización, pero no la restitución de un bien que estuvo involucrado en el conflicto de índole penal, **considero bajo una interpretación restrictiva de la institución**, que si se agotó la sede penal y no fue discutido la restitución, ésta pretensión, no se puede solicitar en un nuevo proceso: el civil; la norma arriba mencionada no lo prohíbe; solo prohíbe que el mismo hecho discutido en sede penal, no vuelva a ser discutido nuevamente el mismo hechos, **siempre que haya identidad de objeto y causa de pedir**, pero si no hay éstas limitantes, sí se puede volver a discutir en sede civil pura; **una tema discutible es** si en sede penal, luego de constituirse en actor civil y tratándose de un accidente de tránsito, la víctima solo fue indemnizada conforme al SOAT, y no reclamó mayor indemnización en sede penal, es posible que se aperture la sede civil para solicitar directamente al imputado, que la indemnización sea incrementada, por ejemplo: el pago del daño moral?, pues, si bien el límite subjetivo comprendió al agraviado y al imputado, éste no indemnizó directamente, si no lo hizo por éste el SOAT, por lo menos la Corte Suprema de nuestro país así lo ha establecido y lo he comentado anteriormente¹¹³; éste accionar justicialista, en mi concepto viola

¹¹³ Casación No 564 – 2010 - Moquegua, indemnización por daños y perjuicios y la Casación No 3824 – 2013 – Ica; ambas dictadas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema y que con más detalle, aparecen en la nota a pie de página número 75 de la presente Tesis.

el Principio de la **“consunción”** y el principio de seguridad jurídica que consagra la cosa juzgada y la tutela judicial, señaladas en el artículo 139 ordinales 2° y 3° de la Constitución del Estado; pues la reparación integral del daño comprende los daños, los perjuicios, el daño moral que comprende el daño a la persona, por consiguiente volver a insistir sobre ello reciente los principios ya mencionados, en especial la seguridad jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales, por lo que la Corte Suprema, hizo mal en reabrir la discusión de los conceptos de daño moral que están comprendidos en la indemnización, no comprendió cabalmente, el efecto **“consuntivo”** sobre la acción civil; pues si alguno de los extremos mencionados no se solicitó precluye irremediamente la posibilidad de solicitarlo nuevamente. **En consecuencia estimo**, que la Corte Suprema del país, no está resolviendo adecuadamente sobre la acción civil cuando tuvo un pronunciamiento en sede penal, permitiendo su discusión en sede civil, lo que atenta frontalmente al efecto del **“Principio Consuntivo”** de la resolución ante una acumulación válida de acciones y al cual se sometió la parte agraviada, constituida en actor civil (o en parte civil con arreglo al Código de Procedimientos Penales de 1949).

Lo antes expuesto sobre el principio **“consuntivo”** o **efecto “consuntivo”**, **considero**, también tiene una interpretación contraria, es el hecho que si la acción civil derivada del hecho punible corresponde especialmente al actor civil y la acción civil comprende una serie de sub pretensiones que están en el artículo 11, 2° del NCPP que señala: *“Su ámbito corresponde las acciones establecidas en el artículo 93 del Código Penal e incluye, para garantizar la restitución del bien y, siempre que sea posible, la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan, con citación de los afectados”*; por tanto una interpretación auténtica, sobre la acción civil corresponde a pretensiones **EXPRESAS** que son: **1)** la restitución del bien, **2)** el pago del bien cuando no es posible su restitución, **3)** La indemnización de daños y perjuicios, **4)** La acción pauliana en contratos criminalizados, **5)** declaración de nulidad de los actos jurídicos cuando corresponda; y las pretensiones **OCULTAS** serían: **1)**

El daño moral¹¹⁴, **2)** El daño a la persona¹¹⁵, **3)** Decomiso o pérdida de efectos provenientes del delito¹¹⁶, **4)** Privación de beneficios a las personas jurídicas¹¹⁷, **5)** Intereses, **7)** Costas del delito y proceso penal¹¹⁸; y **6)** Consecuencias en los delitos de falsedad instrumental¹¹⁹. Si el agraviado propuso, alguna de las pretensiones mencionadas, y otras no otras, ¿podemos entender que solo quiere las que ha evidenciado y ha renunciado al resto de acciones? O es que, bajo una defensa descuidada, solo propuso algunas acciones y el resto las dejó de ejercitar por desidia, y por tanto está habilitado a demandar en sede civil aquellas que no demandó en sede penal? Creemos que el tema pasa por reconocer la naturaleza jurídica, de la institución del resarcimiento en sede penal, si se ha sostenido que ello es de índole privada, que corresponde al derecho privado y no público, entonces, su naturaleza DISPOSITIVA no nos puede llevar a entender que se ha renunciado o condonado, pues para que ello exista, debe darse un acuerdo entre la víctima y el imputado, tal como lo enuncia el artículo 1295 del C.C. norma que es aplicable por la norma remisiva del artículo 101 del C.P.; por consiguiente cuando un agraviado no ejercita el haz de sub pretensiones a que tiene derecho y que arriba hemos aludido, no se puede entender que hubo

¹¹⁴ Típico en los delitos contra la libertad sexual y otros de similar naturaleza.

¹¹⁵ Típico en los delitos de resultado, como el de lesiones graves que sufre la víctima o delitos ecológicos.

¹¹⁶ Cuando una organización criminal comete un delito, una forma de indemnización es la pérdida de dominio de los bienes obtenidos mediante el delito, los mismos que servirán al agraviado, donde normalmente es la sociedad y el Estado.

¹¹⁷ En un caso penal tramitado ante la Fiscalía Corporativa del Distrito Fiscal de Huaura, el Fiscal acusó por el delito de fraude procesal, en el cual el gerente de una empresa había pretendido cobrar arriendos indebidos a una sociedad conyugal, resultando que en el proceso penal se probó que no se debía la deuda, y que se había ocasionado fraude procesal; sin embargo, como el imputado – que era el gerente de la empresa que había actuado como órgano de representación de la misma – había cometido el delito, cuando tenía más de 65 años, se acogió a la reducción del término de prescripción y finalmente se decidió por la extinción de la acción penal por prescripción; empero el señor juez olvidó aplicar el artículo **104 del C.P.** como en efecto se le exigió, pero no resolvió nada al respecto.

¹¹⁸ El ilícito penal genera el pago de intereses conforme al artículo 1985 segundo párrafo del C.C. y el pago de costos y las costas, deben ser invocados por el perjudicado conforme al artículo 497 del CPPP, que constituye una indemnización por los gastos indebidos que ha soportado el agraviado.

¹¹⁹ En nuestro paso por el Distrito Fiscal o Judicial de Huaura o Lima Nor Oeste, no hemos visto en éste tiempo en los requerimientos de acusación o en las pretensiones civiles de los agraviado, que invoquen, en los casos, de delito de falsificación que el documento sea reconstruido, suprimido o reformado, según corresponda con las alternativas diversas que da el artículo 495 del CPPP; éstas serían las consecuencias de las pretensiones expresas como son las de nulidad del instrumento que se demanda, luego en ejecución vendría lo que se ha indicado conforme a la norma en comento; toda una tutela efectiva pero que no es debidamente invocada por los sujetos procesales mencionados en el presente. El mismo tratamiento se puede dar en el fraude procesal, en la estafa, en fraude a la administración de personas jurídicas, y otros donde de por medio hay documentos apócrifos en discusión.

renuncia, por lo mismo la sede civil puede ser activada, después de sede penal, salvo que hayan prescrito. Lo mismo sucede con la transacción, el artículo 14 del NCPP, señala que la acción civil derivada del hecho punible podrá ser objeto de transacción, entonces, luego de transar en sede penal, puedo utilizar nuevamente, ésta vez, sede civil, para solicitar aspectos no comprendidos en la transacción, bajo una interpretación literal y estricta, yo considero que si se puede¹²⁰, pues el artículo 1303 del C.C. señala que: *“la transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción”*, de modo tal, que si el acuerdo de transacción no alcanzó ni comprendió a una determinada sub pretensión de las que he mencionado, si podría contenderse en sede civil y no se tendrá como impedimento, la cosa juzgada que emerge de sede penal.

Y respecto al desistimiento, se autoriza al actor civil que pueda desistirse hasta antes de la culminación de la etapa intermedia conforme lo sostiene el artículo 13, 1° del NCPP pero ello no aclara el debate, y también nos dice que el desistimiento, no perjudica el derecho del agraviado a que lo solicite, en la vía del proceso civil, ello tampoco resuelve el tema; pues, nos estamos planteando, que pasa si el actor civil se desiste de su pretensión de indemnización de pago de daños y perjuicios, pero no menciona nada respecto de su derecho a demandar la nulidad de las transferencias que hubiera efectuado el imputado? podemos entender que también se ha desistido de esto último? creo que no, pues todo desistimiento es expreso, claro e indubitable, no existe desistimiento presunto o tácito, pues ello afecta al agraviado, se entiende por tanto, que si el desistimiento no fue integral, el agraviado podrá demandar su acción civil en sede civil, por el resto de sub pretensiones de las que no se ha desistido.

Resumen, en principio entonces, la acción civil queda agotada, cuando recibe un pronunciamiento por parte del juez penal, por tanto en mérito al

¹²⁰ Fue el caso contenido en la primera sentencia del pleno: **4638**-Cajamarca, demandantes: Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus menores hijos; Walker Steve Cuenca Quiroz; Euler Jonathan Mendoza Quiroz y José Ronny Mendoza Quiroz; y demandados: Empresa Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S. A. y Arturo Blanco Bar. Materia: Indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual vía procedimental: proceso de conocimiento. En el cual se estableció qué si bien hay una transacción por daños y perjuicios y se pagó la indemnización, a pesar que éste acto jurídico equivale a una cosa juzgada, se pudo volver a discutir nuevamente en el proceso civil, más si se refiere a razones de titularidad en el ejercicio de los intereses difusos que son distintos a los de las personas.

Principio “*Consuntivo*” (variable dependiente), no es posible duplicar otro pronunciamiento en sede civil, ello, sería lesivo a la seguridad jurídica; si la aplicación del efecto o principio ya mencionado es la regla, la excepción serán la presencia de instituciones como son la **renuncia**, **condonación**, **transacción** o **desistimiento**, de la acción civil en sede penal, todas están regidas por el principio dispositivo, tienen que ser EXPRESAS para saber sus alcances, si dentro de su ámbito comprende a determinada pretensión que fue discutida en sede penal, ésta ya no se puede volver a reabrir el debate, por simple aplicación del efecto de la “*consunción*” y por la vigencia de la garantía procesal de la “*cosa juzgada*”; pero, si el ámbito de la renuncia, condonación o transacción no alcanza al objeto o sub pretensión (límite objetivo), ella puede ser objeto de debate en el proceso civil, dado a que nunca fue peticionada, ni resuelta debidamente.

4.7) El fundamento de la Acumulación de la acción civil a la acción penal en el proceso penal

La razón del ejercicio conjunto en el proceso penal de las acciones de naturaleza heterogénea (la acción civil y la acción penal), como se sostuvo, se encuentra en el principio de economía procesal y la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios, así se ha expresado desde antes¹²¹, sin embargo, **considero que** el principio que fundamenta la acumulación, es el **principio de Concentración**, por la existencia del derecho que tiene todo agraviado de recibir una respuesta a su pretensión resarcitoria independiente de la pretensión punitiva que dirigió el Ministerio Público, en éste sentido el Principio de Concentración permitirá recibir la tutela jurisdiccional al que alude

¹²¹ GARCIA RADA, Domingo. “Manual de Derecho Procesal Penal”. Sexta edición. Lima 1980. tipografía Sesator. p. 85; dice: “*La acción civil corre pareja con la penal y se ejercita ante el juez que tramita la instrucción. Se ha discutido si el Juez que conoce del aspecto penal, también conozca del aspecto civil del delito. Pero existen razones prácticas muy atendibles; no es posible que a la víctima del delito, ya perjudicada con este hecho, se le obligue a seguir un juicio en la vía ordinaria, costoso y dilatado para alcanzar la indemnización a que tiene derecho. Son dos acciones emanadas del mismo hecho delictuoso, con prueba igual que deben ser resueltas por el mismo Juez. Se evita que el de Primera Instancia tenga un proceso más a su cargo; se ahorra dinero a la parte agraviada, puesto que ejercitar la acción civil no le cuesta nada o muy poco; hay evidente economía procesal al mantener la unidad de la causa y evita el peligro de sentencias contradictorias*”

el artículo 139 ordinal 3ro de la Constitución del Estado, la misma que no basta que sea tutela jurisdiccional, sino que ella debe ser una tutela jurisdiccional **“efectiva”** como acertadamente lo dice el artículo I del TP del NCP; sería absurdo que el agraviado se vería perjudicado por los efectos del delito, tuviera que enfrentar primero un largo y tedioso proceso penal y culminado éste, tendría recién comenzar un proceso civil para obtener el pago de la reparación de los daños y perjuicios que ha sufrido por las consecuencias que le ocasionó el delito, en nosotros no rige el principio *“le criminal tient le civil en état”*¹²². En el modelo procesal penal peruano, bajo el principio de Concentración, las pruebas actuadas en las audiencias que conforman una unidad, fueron practicadas ante el Juez por lo que éste tiene conocimiento del aspecto penal y civil, por tanto, quien mejor que podría resolver la pretensión civil – fuera de la penal – si no es, el juez del fallo penal, por eso las alegaciones, la actuación probatoria y su valoración, quedarán en la memoria del juez al momento de sentenciar, por eso considero que dicho Principio es el fundamento primordial de la institución y no solo el Principio de Economía procesal, tal como se ha expuesto mayoritariamente por la doctrina nacional.

En el sistema de la dogmática penal peruana, se ha señalado al Principio de Economía Procesal, como fundamento primordial para que el legislador autorice el ejercicio acumulado de la acción penal y la acción civil surgida de un mismo hecho; si alguien comete el delito de estafa contra otra persona, estamos ante un solo hecho del cual fluye la responsabilidad penal, por tanto el Estado ejerce la acción penal mediante el *“ius persigendi”* (investigación que corresponde al Ministerio Público) y luego aplica el *“ius puniendi”* (a cargo del Poder Judicial); corresponderá al agraviado ejercitar la acción civil, mediante su pedido de resarcimiento de los daños ocasionados por ese mismo hecho: estafa; entonces, porque no tramitar ambas responsabilidades

¹²² JALDO RUIZ – CABELLO, José Antonio. “La determinación de la Responsabilidad Civil y Contable por delito Económico en el Ámbito Militar”. En Revista Española de Derecho Militar 98, Semestre julio a diciembre de 2011, p. 208, dice: *“Así pues, ante la reserva de acciones civiles por parte del perjudicado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece dos deberes de abstención dirigidos, respectivamente, a los juzgados penal y civil. Por una parte, el juez penal de abstenerse de conocer de las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo, por confiarse su enjuiciamiento al órgano con competencias genuinas para juzgarlo, esto es al juez civil; por otra el juez civil debe abstenerse, momentáneamente y en virtud de la regla de la prejudicialidad penal, de iniciar el pleito civil mientras subsista la litis pendencia penal. Es lo que los procesalistas franceses reconocen con la gráfica expresión: <le criminal tient le civil en état>”*.

en forma conjunta lo que nos ahorraría tiempo, medios, esfuerzos y costos no solo para el Estado, sino también para la víctima?. “*Así pues, y pese a que la conexidad existente entre ambas pretensiones no es de carácter absoluto, el legislador ha considerado oportuna la acumulación dado que la identidad del complejo fáctico del que se originan ambas pretensiones favorece su conocimiento y resolución conjunta; esto es el mínimo esfuerzo para obtener mayor beneficio a través del conocimiento total, cabal y pleno de las diversas pretensiones surgidas del mismo hecho histórico pues tienen conexidad*”¹²³.

La heterogenidad de “*las acciones acumuladas, implica que la valoración del hecho pueda ser diversa, sin embargo, el hecho de que ambas compartan el mismo origen va a propiciar que unas mismas pruebas y alegaciones permitan esclarecer tanto los extremos relativos a la comisión del delito como del ilícito civil*”¹²⁴; por ejemplo un certificado médico en un delito de lesiones en un accidente de tránsito, puede relatar lesiones de 35 por 30 lo que implica, que estamos ante una prueba evidente que se trata de un delito de lesiones culposas graves por la magnitud de la lesión, pero esa misma fuente probatoria, nos da un indicativo que la víctima tiene que estar incapacitada por treinta días por un tratamiento médico que llega a los treinta y cinco días, y por ende, el fiscal al momento de acusar y el juez al instante de sentenciar, ya tendrán una **variable** que apreciar al fijar el monto de la reparación civil, a través de una sola prueba; de ese modo permitir que una fuente de prueba abone, para hacer realidad la acción penal y la acción civil, implica que el legislador está concediendo adecuada tutela jurisdiccional, pues las dos peticiones son atendidas de manera rápida, a menor precio y en forma concentrada en favor de la Víctima, lográndose hacer realidad el **principio de Concentración** para éste y para el Estado se hace realidad el **principio de Economía**; ambos coadyuvan a que se conceda adecuada tutela judicial en un mismo procedimiento que se ha reunido, lo que no obtendría de esperar

¹²³ BRAMONT ARIAS, Luis. “Código Penal Anotado”. Lima 1995. Edición San Marcos. p. 295. Analizando la conexión entre la acción penal y la civil dice: “*La naturaleza de la responsabilidad civil es discutible: penal, sui generis o civil. El planteamiento penal de la responsabilidad penal se basa en el hecho de qué según la letra de la ley y la opinión corriente en la doctrina, las sanciones civiles serían consecuencia del delito. Pero esto no es verdad. Bien miradas las cosas, no es el delito lo que afecta intereses individuales, privados o patrimoniales y exige la aplicación de una sanción civil, sino el hecho calificado, como ilícito, que al mismo tiempo genera responsabilidad delictual y civil, dos valoraciones distintas, entre ellas sólo existiría un vínculo de conexión, no se confunden*”.

¹²⁴ ARNAIZ SERRANO. ob. cit. p. 323/324

que la vía penal se agote, para recién iniciar la vía civil; de modo tal que la investigación preparatoria de como acontecieron los aspectos fácticos penales, beneficiaría para la determinación de la tipicidad y también a esclarecer la identificación y participación delictiva en el evento luctuoso y determinar el grado de responsabilidad, de los daños y de la carga de la prueba, por cada uno de los comprometidos, tal como queda estructurado en la Acusación conforme a las normas contenidas en el Artículo 349, ordinal 1, inciso g) y h); y para la sentencia el Artículo 399 ordinal 4 del NCPP.

Pese a las innumerables ventajas relatadas, del ejercicio acumulado de las acciones penal y civil, **puedo decir que**, el sistema procesal penal con el nuevo código procesal penal viene más complejo, dado a que un órgano especializado en materia penal, tiene que enfrentar ahora una especialidad más: resolver sobre la pretensión civil¹²⁵. En tal sentido un Fiscal penal cuya formación es la especialidad penal, tiene que dar un salto a sus conocimientos en materia civil, para sostener adecuadamente sus fundamentos, para solicitar el pago de la reparación civil – carga que lo puede asumir el mismo agraviado, cuando se constituye en actor civil -, lo mismo sucede y con más responsabilidad le corresponde al juez penal, formado en la especialidad, para recurrir a sus conocimientos en materia civil, para determinar el pago desde un punto de vista netamente civil; el problema es mayor, cuando el artículo 11, ordinal 3ro del NCPP, le pide que condene civilmente al que fue absuelto penalmente; el problema considero, se duplica para razonar y argumentar adecuadamente; ello ha llevado a que alguna doctrina autorizada se desilusione de la institución y que sus ventajas son aparentes¹²⁶, extremo que no comparto, pues es tiempo que la judicatura mejore en sus

¹²⁵ GÓMEZ COLOMER, J.L. “Derecho Jurisdiccional, III. Proceso Penal, AAVV, Valencia, 2001, p. 110 quien habla sobre la acumulación y sus dificultades, dice: *(La acumulación) tiene el grave inconveniente de obligar a nuestros jueces y magistrados a utilizar, aplicar y manejar una doble mentalidad y técnicas jurídicas al mismo tiempo, pues deben investigar, probar, y juzgar penal y civilmente en la misma causa*”.

¹²⁶ ORTELLS RAMOS, M. Derecho Procesal Civil, Navarra, 2000, p. 271, que la acumulación puede conllevar: *“una sobrecarga de trabajo a desarrollar con un <ritmo> procedimental <calculado>, en principio, para el tratamiento de una sola pretensión*”. Por su parte GÓMEZ ORBANEJA, E. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal (...) p. 371 dirá: *“Obligándose al juez penal a atender a dos intereses de naturaleza distinta, y con los mismos y solos medios que convienen en principio al público, se corre siempre el peligro, o de no cuidar suficientemente del privado, o de dejar que la inserción de éste en el proceso desvirtúe el carácter de la sanción penal”*.

pronunciamientos, si hay que capacitarse más, es tarea de un juez responsable en la alta misión que se le ha encomendado.

Resumen, en la dogmática penal peruana, se ha señalado al principio de Economía Procesal, como fundamento primordial para que el legislador autorice el ejercicio acumulado de la acción penal y la acción civil surgida de un mismo hecho, sin embargo también considero que el **principio de Concentración**¹²⁷ es vital, si se tiene que resarcir adecuadamente, oportuna y en forma conjunta a la víctima, no pudiéndose perder las alegaciones, las pruebas actuadas y valoradas para las pretensiones civiles, todas ellas si quedaron fijadas en la memoria del jugador penal porque posponerlas?; tal heterogeneidad de acciones, nos permiten hacer realidad el principio de Economía¹²⁸ y el principio de Concentración, los mismos que exigen también a la defensa penal, su formación civilista en cuanto al extremo de la indemnización perseguida en el proceso penal; ello obviamente comprometen al Fiscal y Juez peruano que deben lograr un mayor compromiso, una responsabilidad que enfrentar, que se trasluce también como nuevas competencias y destrezas en la argumentación y las asumirá por ser exigencias de un nuevo derecho. Sea como fuere, es de apreciar, que el ejercicio y acumulación heterogénea de acciones resuelta por los jueces a pesar de los años que se viene cumpliendo con la institución del objeto civil acumulado, es ciertamente complejo y su dificultad es mucho mayor, al aplicar el artículo 11, ordinal 3ro del NCPP, con una serie de problemas que los vengo relatando, en esta investigación descriptiva.

¹²⁷ SAN MARTÍN CASTRO, ob. cit. p. 83/84. Señala que es consustancial a la oralidad la concentración de las actuaciones procesales, que supone que los actos procesales se celebran en unidad de acto, e importancia su celebración en un plazo más breve. La oralidad exige concentración de la actividad procesal entera, de las alegaciones y actuación de pruebas ante el Juez, permiten a través del Principio de Concentración queden en la memoria del juez al momento de sentenciar, pues hay unidad de debate.

¹²⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I. Editorial Temis. Lima 1996, p. 88/89. El principio de Economía, tomado en su acepción de ahorro, está referida a su vez a tres áreas: ahorro de tiempo, gasto y esfuerzo; ellos están fundamentalmente dirigidos en el ámbito del derecho público.

4.8 La acumulación de acciones como derecho del agraviado

Considero, siguiendo a la doctrina internacional, en efecto el sistema de acumulación heterogénea de acciones, donde la acción civil va acumulada accesoriamente a la acción penal, y ambos son perseguibles en sede penal, constituye un verdadero derecho del sujeto agraviado; pues desde el momento, en que concurren los presupuestos para acumular acciones, la víctima podrá constituirse en actor civil y exigir que sus pretensiones privadas se lleven en forma conjunta con la pretensión penal o que corran a cargo del Ministerio Público; de lo que se colige que si el agraviado solo pretende la defensa de un interés privado, es posible que sus derechos puedan ser sometidas al Principio de Oportunidad o la aplicación de un Acuerdo Reparatorio, o puede el mismo renunciar, puede transar o suspenderlo momentáneamente, como también puede elegir hacer efectivo su pretensión civil indemnizatoria como accesorio a la pretensión penal que ejercita el Ministerio Público, esa capacidad de disposición de derechos, debe entenderse a la acción emergente como un verdadero derecho¹²⁹. En el sistema peruano, conforme al nuevo modelo procesal penal, si bien el artículo 95 del NCPP, señala cuales son los derechos del agraviado, ninguno de ellos, sostiene que es un derecho del agraviado, que su pretensión civil de indemnización sea perseguible en el mismo proceso penal y menos se estima que la reparación civil sea un auténtico derecho; sin embargo el artículo 11 y 12 del NCPP, reconocen que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde especialmente al perjudicado por el delito, cuando indica que su constitución en actor civil hace cesar la legitimación que ostenta el Ministerio Público; o cuando el legislador le da la opción a la víctima de recurrir a la acción civil sea en sede penal o civil y finalmente cuando la ley exige que

¹²⁹ ARNAIZ SERRANO, Amaya. “La Acción Civil en el proceso Penal: Elementos Subjetivos”. ob. cit., p. 99. sostiene: “*La acumulación heterogénea de acciones en el proceso penal, del mismo modo que sucede en el proceso civil, constituye una manifestación del principio dispositivo, puesto que desde el momento en que concurren los presupuestos legales para el ejercicio conjunto, el perjudicado podrá solicitar tutela jurisdiccional de sus derechos e intereses se lleve a cabo de forma acumulada a la pretensión punitiva, con la singularidad de que no será ni siquiera preciso que ejercite ambas pretensiones, sino que podrá ejercitar únicamente la civil y apersonarse en la causa como actor civil, mientras el Ministerio fiscal por disposición legal será quien sostenga conjuntamente ambas pretensiones*”.

cuando haya una sentencia absolutoria o un sobreseimiento de los cargos penales, nada impide se pueda resarcir la acción civil derivada del hecho punible, está consagrando indirecta e innominadamente un **DERECHO FUNDAMENTAL del agraviado** a que sus pretensiones civiles, puedan ser acumuladas a la pretensión penal y finalmente obtenga la indemnización que corresponda en la misma sede penal. Considerar a la acumulación heterogénea de acciones como un derecho, **es nuevo**, aunque su antecedente de ejercitar la acción penal y la acción civil en forma conjunta es de antigua data, por lo menos en el sistema castellano, uno de los primeros antecedentes es el que aparece en el Código de Enjuiciamiento Criminal de España de 1882 en cuyo artículo 111 se reconoce lo siguiente: “*Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse **conjunta** o separadamente; (...)*”; posteriormente el legislador peruano va a copiar parcialmente ésta norma en el Código de Procedimientos en materia criminal de 1920 cuando en el artículo 108 consagra: “**La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal** por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular;...”, cuatro años después al código adjetivo penal, se dictó el Código Penal de 1924, y en el artículo 65 precisa: “**El Ministerio Público perseguirá conjuntamente con la represión, la efectividad de la reparación civil con...**”; pero todas éstas normas no aluden a la acumulación heterogénea de acciones como un derecho del agraviado, sino como un sistema de facilidad y técnica jurídica en la persecución penal del pago de la reparación civil, no así como derecho del agraviado¹³⁰; por ello, ésta forma de ejercitar la acumulación heterogénea de acciones, tiene antecedentes recién en éste siglo XXI, pues las Comunidades Europeas adoptaron la Decisión Marco del Consejo del 15 de Marzo del año 2001, decisión que se refiere a normas relativas al Estatuto de la Víctima en el proceso penal, se establece en el artículo 4 los “*derechos mínimos del agraviado*” que obviamente son mayores y mejores a la redacción adoptada por el legislador peruano en el artículo 95 del CPP donde establece Derechos del agraviado; por ejemplo entre ellos, se

¹³⁰ Curiosamente en el sistema procesal colombiano cuyo código fue implementado en Colombia desde el año 2000, y que nos sirvió de fuente legislativa, en capítulo sobre los derechos del agraviado, considera uno de ellos a su resarcimiento integral; Perú recién lo implementó como derecho a raíz de la dación de la Ley No 30838 del 4 de agosto del año 2018, que modificó el artículo 92 del Código Penal, fijándolo recién como Principio, después de 18 años.

señala que la víctima, tiene derecho a la mediación en el marco del proceso penal, ello se ha establecido meridianamente con los Acuerdos Reparatorios contenidos en el artículo 2 del NCPP, tratados intensamente en nuestra obra primera y pionera en éste instituto¹³¹; otro tema es el referido al Derecho de Protección a las Víctimas regulado en el Estatuto de las Naciones Unidas (adoptado en el año 1985); pero nos interesa el artículo 9 del Estatuto referido al Derecho e indemnización en el marco del proceso penal, el ordinal 1. dice: *“Los Estados miembros garantizarán a la víctima de una infracción penal el derecho a obtener en un plazo razonable **y en el marco del proceso penal una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción, salvo cuando la legislación nacional disponga que, para determinados casos, la indemnización se efectúe por otra vía**”* la Comunidad Europea, ve adecuado que la indemnización de un daño proveniente de un delito tenga que hacerse en sede penal, sea por razones de economía o técnica (o concentración), pero la sede penal, resulta la más adecuada para la persecución de las consecuencias penales originadas por el delito o por el hecho con apariencia punible, sino también para la persecución de las consecuencias civiles de cualquiera de los hechos mencionados; si bien el mismo Estatuto en la parte final de la norma establece que la indemnización también se puede hacer en sede civil, da esa opción, como un derecho de elección a la víctima. Podríamos pensar que dicho Estatuto de las Comunidades Europeas no son aplicables a nuestro derecho, pero ello no es exacto, pues conforme a la disposición final cuarta de la Constitución del Estado, se establece que *“toda norma relativa a derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*; en nuestro ordenamiento jurídico, nuestro país no solo se rige por Tratados, sino también por Acuerdos multinacionales o con otros países que nos unen vínculos de amistad y ayuda humanitaria y cooperación; es el caso, que Perú tiene firmado desde el 11 de abril del año 2007, con la Comisión Europea, un documento denominado *“Documento de Estrategia País”* que corresponde a un plan del

¹³¹ HURTADO POMA, Juan Rolando. “Acuerdos Reparatorios y Justicia Restaurativa en el Nuevo Código Procesal Penal Peruano”. Editora Grijley. Lima 2011.

año 2007 al 2013, y en materia de Derechos Humanos nuestro país, se ha comprometido a respetar y hacer viable los derechos de las víctimas de género o vulnerables conforme aparece del numeral 5.2.1, entre otros puntos, habiendo recibido nuestro país, para hacer realidad éstos programas la suma de 135 millones de euros¹³²; quedando claro **en mi concepto**, cuál es el origen del derecho a la acumulación heterogénea de acciones a favor de la víctima; hoy en día similares normas existen en casi todos los códigos de ésta parte del mundo, tal como se notar en el capítulo de derecho comparado.

También, **estimo que**, debe quedar perfectamente establecido que la *“posibilidad de acumulación de acciones en el proceso penal, es un derecho del sujeto agraviado o víctima”*, pues cuando el artículo 92 del Código Penal permite perseguir conjuntamente el resarcimiento y la pena, su regulación dice que: *“se **determinará** conjuntamente”* el adverbio de modo, es mandatorio, ésta interpretación literal, nos lleva a decir, sin temor a equivocarnos que el legislador no lo dice solo por razones de economía¹³³, sino que también bajo el Principio de Concentración, le está concediendo tutela al agraviado, que siendo ofendido penalmente también tiene la oportunidad de solicitar el resarcimiento en ese mismo proceso (donde se debatió y se alegó, se probó y se puede valorar las pruebas; obviamente exigir el resarcimiento de una indemnización generada por una ofensa penal, en el sistema penal patrio no es obligatorio, sino facultativa, así el artículo 12,1 del NCPP dice: *“El perjudicado por el delito podrá ejercer la acción civil en el proceso penal o ante el Orden Jurisdiccional Civil, pero una vez que se opta por una de ellas, no podrá deducirla en otra vía jurisdiccional”*, empero, debe considerarse, que semejante sistema de acumulación de acciones heterogéneas elaborado por el nuevo NCPP, en el que se establece, el ejercicio conjunto de la pretensión civil a la pretensión penal – conforme al artículo 92 del C.P. - y que por otro lado, normativamente se regula que la Fiscalía que persigue penalmente, también le es atribuible ejercitar la pretensión privada, puede darse la reserva, supuesto contemplado en el artículo 12 ordinal 2º del NCPP cuando reza: *“Si*

¹³² Ver la página web: www.unodc.org/tldb/es/european-union-instruments.html

¹³³ El profesor San Martín Castro, dice que: *“(…) es cierto que la economía procesal, en sí misma, no es un derecho fundamental”*, se equivoca la economía procesal es principio que permite operar el sistema sin mayores costos, el derecho es del agraviado que le da la norma ordinaria a que sus pretensiones sea perseguidos en forma conjunta y la legislación internacional lo ratifica.

*la persecución penal no pudiese proseguir, ya sea que se disponga la reserva del proceso o se suspenda por alguna consideración de orden legal, la acción civil derivada del hecho punible podrá ser ejercida ante el Orden Jurisdiccional Civil”, **el que decide es el agraviado**, si no desea constituirse en actor civil, su derecho bien lo puede ejercitar terminado el proceso penal, en sede civil, pero nunca podrá hacerlo en forma simultánea. En resumen, la condición de derecho subjetivo y objetivo del derecho del agraviado, emerge de la reparación civil, con el cual también consolida su naturaleza jurídica de carácter PRIVADO.*

Resumen, por tanto, es un derecho del agraviado perseguir en sede penal sus pretensiones civiles (entonces la acumulación de acciones, es un auténtico derecho), pues tiene la condición de ser potestativo y disponible para él que tiene dicho estatus, por ello puede decidir no hacerlo, y ello es una manifestación de su derecho de disposición del objeto civil – indemnización – como mejor le parezca o estrategia que tenga. Considero que, si la víctima opta por la persecución en sede penal, solo está ejercitando su derecho ya reconocido en instrumentos internacionales de protección a la víctima del cual nuestro país es parte, todo con la finalidad de conceder una adecuada tutela judicial a la víctima, por el daño que sufrió.

4.9 De la intervención limitada del Ministerio Público.

Normativamente, el Código Procesal Penal, en el artículo 11, 1° sostiene: *“El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito”* del cual puede derivarse un resultado mayor, el artículo 349, 1° inciso g) obliga al Fiscal que en su acusación solicite *“El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo”* ello a su vez es vinculante al órgano jurisdiccional, pues cuando resuelve el juez, conforme a lo previsto por el artículo 399, ordinal 4to señala: *“La sentencia condenatoria decidirá también sobre la reparación civil, ordenando – cuando corresponda – la restitución del bien o su valor y el monto de la indemnización que corresponda,*

las consecuencias accesorias del delito, las costas y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos”; bajo una atenta lectura, éstas normas rigen plenamente, cuando se emite una SENTENCIA CONDENATORIA, y es la tradicional responsabilidad civil “*ex delicto*” solo para éstos casos el Ministerio Público goza de legitimidad para obrar extraordinaria, no necesitar acreditar interés y legitimidad para obrar en la persecución de la acción civil, pues ella viene dado por el artículo 11, 1° del código adjetivo penal citado. Empero, si el proceso culmina con un auto de sobreseimiento o una SENTENCIA ABSOLUTORIA, el sistema cambia, pues la exigencia de resarcimiento de un daño derivado de un delito, en el cual el imputado ya fue absuelto, nos deja solo con una pretensión accesorio, contingente y de índole privada, y sobre todo debemos comprender que estamos ante una NORMA DE EXCEPCIÓN, como es el artículo 12, 3° del código adjetivo penal que consagra la responsabilidad civil “*ex damno*” sobre el pago de la reparación civil, que no opera en todo caso, siendo así, debe darse una INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA de la norma, en cuyo caso el Fiscal no tiene porqué perseguir civilmente, pues carece de interés para obrar y legitimidad para obrar, además si realizamos una INTERPRETACIÓN EXTENSIVA de la norma se atentaría contra el principio contenido en el artículo VII del Título Preliminar del código acotado; pues la habilitación al titular del ejercicio de la acción penal, ya no existe en éste escenario de ámbito estrictamente privado, de permitirle que persiga el pago de la indemnización en esas circunstancias, el órgano “*persiquendi*” y oficialmente autorizado a ejercitar una acción de naturaleza pública – como es el delito –, en esos casos estaría, invadiendo fueros privados y se constituiría en titular de una acción civil que se encuentra fuera de sus competencias constitucionales y legales establecida en su Ley Orgánica y el Código Procesal Penal; es más, el propio órgano jurisdiccional a pesar que conoció el proceso de un hecho histórico punible, asintió que no es competente para declarar sobre la acción civil, que no ha sido alegado en forma manifiesta por el perjudicado, tómesese en cuenta, el texto expreso del artículo 12, 3° del NCPP, cuando dice: “*La sentencia absolutoria o el auto de enjuiciamiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible **válidamente ejercida** cuando corresponda*”, es decir, no basta la existencia de una víctima

o un agraviado para que el órgano jurisdiccional que declaró la absolución o el sobreseimiento, se pronuncie *ex officio* sobre la responsabilidad civil, tampoco habilita al juzgador se pronuncie sobre dicha responsabilidad, así exista pedido del fiscal (pues carece de interés económico y moral así como legitimidad para obrar activa, en un interés privado, siendo un órgano constitucionalmente autónomo y público), pues ninguno de los dos tienen competencia para pronunciarse sobre la acción civil derivada del delito que no ha sido invocado, rogado y probado por el agraviado o actor civil (éste debe sostener en el proceso su petitum y su causa petendi, agregado la carga de la prueba respecto de sus pretensiones civiles); no basta la presencia de una víctima o agraviado – no constituido en actor civil - que haya acompañado al Fiscal durante todo el proceso e inclusive haya participado en el juicio oral para tener acceso a los beneficios de la **“tutela judicial excepcional”** contenida en el artículo 12, 3° del código adjetivo penal.

Mi postura personal, es que, si el juez, sin considerar lo antes expuesto, de oficio, o al solo pedido del fiscal o al solo pedido del agraviado o víctima – no constituidos en actor civil, por ejemplo la presencia de simples escritos o pedidos – se pronuncia por la acción civil, conforme a los extremos del artículo 12,3° – la existencia de una sentencia absolutoria o un sobreseimiento – habrá vulnerado el debido proceso penal (al no cumplir expresamente con los requisitos del artículo 12, 3°, habrá cerrado el acceso al juez natural (pues las pretensiones de índole civil son de competencia del juez civil y el pronunciamiento le corresponde al juez civil y no al juez penal, cuando no hay pedido formal), habrá desviado al imputado de jurisdicción predeterminada por la ley (pues si la acción es privada, existe todo un debido proceso civil previamente establecido para contender las pretensiones privadas no reclamadas formalmente en sede penal); habrá afectado el derecho de defensa del imputado (dado a que el agraviado introduciría una pretensión al final del proceso, sin haber expuesto sus alegatos, sus pruebas y actividad durante el juicio, toda una sorpresa para el imputado) con lo cual hacen que el juzgador sea pasible de una audiencia de tutela (conforme al artículo 7, °4 del NCPP) o de un proceso constitucional según corresponda.

Sobre mi interpretación personal de la institución en comento, cuando existe un proceso penal, no quiere decir, que el ejercicio de la acción civil se

presuma su ejercicio conjunto en el proceso, tal como reza el artículo 11, 1° del NCPP, el Fiscal; tiene el rol de ejercitar la acción penal y accesoriamente la acción civil; pero el Fiscal, bien podría no deducir la acción civil juntamente con la acción penal, y si a ello se suma que el agraviado no se muestra interesado, pues ni siquiera se apersona a la instancia, ni se haya reservado – pedido que debe ser expreso que lo hará valer en sede civil – ni renunciado a su acción – por condonación expresa, por transacción o desistimiento – y si de la investigación existe daño, el fiscal podría pedir al juez la reserva de la acción para que el agraviado, pueda recurrir en forma cabal a sede civil a reclamar su indemnización y no someterlo a un proceso penal en el cual el fiscal podría no alcanzar a probar nada y con ello perjudicar a la víctima; por eso en esos casos sería pertinente que el fiscal solicite la RESERVA de la acción civil al Juez y si éste concede el pedido; el fiscal no estaría obligado a solicitar el pago de la reparación civil y el juez (unipersonal o colegiado) tampoco estaría obligado a pronunciarse sobre el pago de la misma, producto del principio rogatorio y la reserva declarada; en este caso, es evidente que no se ha producido el efecto “CONSUNSIVO” del ejercicio de ambas acciones, sino que solo se habría agotado la acción penal, en cuanto a su persecución penal.

En resumen, si la víctima no se ha constituido en actor civil y no ha petitionado su pretensión civil, ésta quedará incontestada (el efecto consuntivo no se habrá producido), pues no debemos olvidar, que cuando la ley exija su ejercicio en conjunto de la acción penal y civil, es cuando la Fiscalía está obligada a ejercitar la acción penal y la civil en forma conjunta, siempre que la persecución penal haya culminado exitosamente, declarando la existencia del delito y de la sentencia condenatoria; pero si solo se trata de sentencia absolutoria o de sobreseimiento y haya decaído la acción penal, la acción civil, solo podrá ser continuada por el actor civil constituido, al tratarse de una acción netamente civil y dentro del ámbito privado, en el cual no puede desenvolverse el Ministerio Público que ya no tiene facultad legal, ni constitucional sobre el ejercicio de una acción privada, tampoco tiene legitimidad e interés para obrar. Así pues en nuestro medio, conforme a los dispositivos sobre la Acción Civil, la sentencia penal es posible que reserve a los perjudicados la acción civil, éstos están facultados para ejercitarla en el

proceso de conocimiento correspondiente¹³⁴; inclusive si la sentencia no haya reservado, ni haya sido solicitado por el Fiscal o el agraviado que no se haya constituido en forma expresa como actor civil, puede ir a sede civil a reclamar la indemnización de los efectos nocivos derivados del delito y que efectivamente los haya sufrido; así la sentencia en sede penal que hace “cosa juzgada” tiene dos límites que no lo afectan, el primero es el límite subjetivo, pues si el agraviado no se ha constituido en actor civil, la sentencia penal no le alcanza, basta leer los efectos consignados en el artículo 12 ordinal 1 del NCPP y el segundo es el límite objetivo, si el fin del proceso penal, es establecer si existió o no delito, ese es su objeto, no se discute en el fondo el resarcimiento, por tanto, el hecho que el imputado haya sido absuelto o se haya beneficiado con un sobreseimiento, que también tiene la calidad de cosa juzgada, no perjudican al agraviado que tiene otro objeto que no es de índole penal, sino de índole civil, por eso la cosa juzgada en su aspecto objetivo no le alcanza y por ello puede incoar en sede civil sus pretensiones. Aparte de esta argumentación que he formulado personalmente, se puede invocar el propio artículo 11 ordinal 1 del NCPP, pero interpretado a contrario sensu, que si el agraviado, no se ha constituido en actor civil, entonces, puede activar en sede civil todas las pretensiones que le asisten, como son las que enumera el ordinal 1 de la norma en comento, referidas al objeto civil del proceso, por tanto, el efecto “**consuntivo**” no se habrá producido.

4.10 De la interpretación adecuada del art. 12, 3° del NCPP

A éstas alturas de nuestra investigación **Descriptiva**, tenemos que el legislador patrio, sobre la responsabilidad civil “*ex damno*” no nos ha dicho, ¿cuáles serían aquellos casos?, en los que, si bien se ha declarado la extinción de la responsabilidad penal, ello no conlleva a la exención de la responsabilidad civil; entonces, considero que, como quiera que estamos recién adentrándonos a ésta institución, y las salidas e interpretaciones a ella

¹³⁴ El artículo 12 ordinal 2 del CPPP dispone que se puede decretar la RESERVA del proceso, en verdad se trata de la reserva del ejercicio de la acción civil en el proceso penal, lo que reclama un pedido expreso del agraviado o del fiscal o de oficio por el juez; modalidad no usada en nuestro medio, pero debe implementarse como buena práctica cuando corresponda.

pueden ser dificultosas, a pesar de los esfuerzos realizados por la jurisprudencia; **tomando postura**, considero que debe existir un catálogo preciso de los supuestos de aplicación concreta del artículo 12 ordinal 3º del NCPP¹³⁵, exigencia que fluye de su propia naturaleza jurídica y que el Derecho Comparado, en especial en España, donde existen catálogos normativos al respecto y de aplicación puntual y no en todos los delitos; sino que el juez penal solo admitirá las pretensiones que están directamente relacionadas con el hecho delictivo y rechazará todas aquellas que, si bien pudieran tener alguna relación con el posible delito o falta, no son consecuencia directa del mismo, esto es la **competencia “secundum eventum litis”** (variable independiente), es decir incontestada la acción civil proveniente de delito, ahora el juez tiene una segunda competencia sobre ese mismo hecho histórico, cuando se aprecie daños emergentes, de un hecho derivado del hecho aparentemente penal, pero, quedó extinguido, pero que por la **“competencia adhesiva”**, la acción civil, también resulta dentro de su competencia, obviamente cuando corresponda.

Mi investigación justamente, ayudado por la doctrina y el derecho comparado, propone cuáles serían esas causas de extinción penal, pero que llevan a que exista responsabilidad civil. Nuestro legislador cuando ha copiado el artículo 12,3º del NCPP, lo ha hecho en un contexto aislado, sin tener en cuenta que dicha norma tiene que ser complementada por el Código Penal, por eso nos encontramos huérfanos de normas que le den mayor sentido a dicha norma adjetiva, no sabemos en concreto, cuáles son sus alcances y limitaciones, eso tendrá un desarrollo jurisprudencial y legislativo; mientras no tengamos, existe la obligación ineludible de proponer cuáles serían esas causas, que nos permiten absolver penalmente y luego condenar civilmente, emitiendo **resoluciones “mixtas”**, como instrumento jurisdiccional nuevo.

¹³⁵ La fuente indirecta de esta norma, he sostenido es el artículo Artículo 117 del Código de Enjuiciamiento Criminal de España de 1882 que a la letra dice: *“La extinción de la acción civil tampoco lleva consigo la de la penal que nazca del mismo delito o falta. La sentencia firme absolutoria dictada en el pleito promovido por el ejercicio de la acción civil, no será obstáculo para el ejercicio de la acción penal correspondiente. (...)”*. Y la segunda fuente sustantiva es el artículo 119 del C.P. español de 1995 que reza: *“En todos los supuestos del artículo anterior, el Juez o Tribunal que dicte sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda”*. Es decir, ambas permiten condenar civilmente al absuelto penalmente, obviamente solo en casos que taxativamente lo han consignado.

En efecto, yo recurro al sistema español, en el artículo 118 del C.P.¹³⁶ – se puede invocar a otros sistemas, pero considero el más adecuado, dado su sistema legislativo y dogmático es asumido frecuentemente por nuestra doctrina nacional, para proponer una salida al respecto; el artículo citado, señala puntualmente cuales son los casos, en los cuales la exención de la responsabilidad penal, no comprende la exención de la responsabilidad civil, dicha norma, en España la cotejan en plena coherencia con el artículo 118.1 del C.P.¹³⁷ en el cual se dispone que la exención de la responsabilidad penal no conlleva la civil, pues de no existir dicha previsión, podrían plantearse serias dudas interpretativas¹³⁸, a cerca de la competencia del juez penal para pronunciarse sobre la competencia sobre el “*secundum eventum litis*”, esto es la responsabilidad civil no existiendo condena penal. Nosotros, en el sistema penal peruano, si bien el panorama jurídico se ve algo aclarado por el Acuerdo Plenario 4 – 2019, sus alcances no son tan completos y deja márgenes de duda, como veremos posteriormente; y por ello urge una salida jurisprudencial por ahora y luego propongo legislativamente esa salida.

En consecuencia, **tomando postura**, si el legislador peruano, con buen criterio, por razones de economía procesal (y he agregado en función al principio de Concentración) atribuye competencia civil a los jueces penales, bajo el entendido que si bien, un hecho nació con apariencia penal, y luego

¹³⁶ El artículo 118 del Código Penal dice: “*1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes: 1ª. En los casos de los números 1º y 3º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal de quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables. Los jueces o tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos. 2ª. Son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado en el supuesto del número 2º. 3ª. En el caso del número 5º serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o el Tribunal establezcan, según su prudente arbitrio. (...). 4ª. En el caso del número 6º, responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho. 2. En el caso del artículo 14, serán responsables civiles los autores del hecho”.*

¹³⁷ Artículo 118 ordinal 1 del C.P. dice: “*1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:...*”.

¹³⁸ Mi persona, que ha tenido la oportunidad de aplicar por primera vez nuestro Código Procesal Penal de 2006, ya abrigaba mis dudas al respecto, inclusive pensé que esa atribución sin una regulación mayor, es una discreción muy peligrosa que se otorga al Juez, pues éste podría condenar civilmente a quien absolvió, cuando mejor le parezca, basado en criterios subjetivos, personales o de presunto criterio justicialista. Al respecto puede apreciarse, nuestro artículo publicado en el diario Oficial El Peruano del día 18 de septiembre de año 2010.

en el decurso de la investigación preparatoria se aprecia que no hay tal delito, y se constata que se han cometido daños que tienen íntima relación con la indemnización, no nos podemos dar el lujo, de no aprovechar el proceso para resolver y conceder adecuada tutela judicial al agraviado, por un hecho que nació con apariencia penal, pero que fue sobreseído o absuelto por estar protegida por una causa eximente de responsabilidad penal, **el proceso no solo debe ser eficaz, sino eficiente**¹³⁹ **y útil** para quien fue dañado y que debe ser resarcido en el proceso a pesar de obtener un resultado negativo desde el punto de vista penal. Hay que tener presente, que cuando el proceso finaliza por sentencia absolutoria, éste ha discurrido por sus causas ordinarios, de modo que habrán sucedido las fases de alegación, prueba y conclusiones provisionales y definitivas, así, pues, y si en el proceso se dedujo la correspondiente acción civil, el juez llegado el momento de dictar sentencia, contará con todos los elementos necesarios para pronunciarse sobre las posibles responsabilidades civiles derivadas del hecho; si ello no se aprovecha, se quiebra no solo el principio de Economía Procesal, sino fundamentalmente en el principio de Concentración, para un país como Perú que no tiene mayores recursos en administración de justicia; si en el proceso penal, fue donde se esclareció sobre temas de responsabilidad civil, debe permitirse el debate y la sanción civil, de ser posible, no se puede desaprovechar brillante momento de la concurrencia y concentración de todas las pruebas y partes implicadas en el conflicto penal, pero que puede tener derivaciones de orden civil; la misma prueba no solo tiene valor en sede penal, sino tiene valor en cualquier otro proceso, siempre que haya sido respetuoso de las garantías y los derechos fundamentales; en conclusión si la prueba es única para acreditar acontecimientos históricos, como no aprovechar esa prueba para resolver las consecuencias no solo penales, sino las civiles que se derivan?

De los sub capítulos ya enunciados **propongo las posibles soluciones:**

1) Etapa procesal en la que se debe aplicar la responsabilidad civil “ex damno”, debe ser siempre – por regla - en el juicio oral, y no en la etapa

¹³⁹ **Eficiencia.** Un concepto común de **eficiencia** utilizado por el análisis económico del **derecho** es el de **la Eficiencia** de Pareto. Una norma jurídica es **eficiente**, según el óptimo de Pareto, si no puede ser modificada para mejorar la situación de una persona, sin perjudicar a otra.

intermedia o en la investigación preparatoria, tiene la fundamentación desde el punto de vista procesal, específicamente competencial; pero desde el punto de vista sustantivo es otro, qué si bien no tenemos estadística al respecto, sí existe la práctica forense que nos darán la razón en esta TESIS DESCRIPTIVA y es la que sigue: Si se trata de supuestos de eximentes de responsabilidad conforme a lo previsto por el artículo 20 del Código Penal, considero que, algunos requieren que vayan a juicio oral, es el caso de estado de necesidad justificante e inculpante, el caso de miedo insuperable, el caso de quien adolece anomalía psíquica (aún en el proceso de seguridad), el caso de quien sufrió grave alteración de la conciencia, o de la persona que sufrió alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad y no posea la facultad para comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esa comprensión, el que obra compelido por miedo insuperable, el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, el que actúa con consentimiento válido del titular del bien o en el caso del personal policial y militar que hizo uso de sus armas o medios de defensa que causen lesiones o muerte; ¿Cuál es la razón de ésta INTERPRETACIÓN?, **considero que**, en éstos supuestos se requieren la apertura de la fase del juicio oral y su terminación mediante sentencia, pues tiene que actuarse y valorarse los medios probatorios, con un debido debate, con principios de igualdad de armas, ataque y contradicción que no se pueden dar en las audiencias de sobreseimiento en cualquiera de las etapas anteriores al juicio oral; es muy difícil, que algunas de las eximentes citadas, pueden ser acreditadas “*ab initio*” y dictarse el auto de SOBRESEIMIENTO, pueda ser por ejemplo: el caso de la minoría de edad y el caso del estado mental manifiesto, pero el resto de eximentes, requiere de un DEBIDO PROCESO PROBATORIO, luego del cual el juzgador y las partes están aptas para resolver y aceptar pasivamente las decisiones respectivamente; por eso se hace imperativo aperturar el juicio oral.

2) Debe darse la interpretación restrictiva del Art. 12, 3° del NCPP, a propósito de la competencia del juez penal, la atribución de competencia civil realizada con arreglo a la norma ya citado, implica que estamos frente a una norma residual y de excepción, debe entenderse de modo restrictivo,

pues como lo **hemos sostenido**, al igual que la doctrina en general y derecho comparado, se trata de una excepción al principio general de competencia "**secundum eventum litis**"¹⁴⁰. Llevado la institución anotada, al campo penal, significa que, la sentencia penal absolutoria, *a priori* no puede contener pronunciamiento civil alguno, salvo en los supuestos excepcionales, qué en el caso peruano, debió señalar el legislador, pero no lo hizo¹⁴¹; en consecuencia, nuevamente, sostenemos, es la jurisprudencia la que está llenando el vacío, hasta que tal vez el nuevo Código Penal o una Ley de enmiendas en el ámbito sustantivo se dicte para evitar estas incertidumbres. En la aplicación de la norma debemos aplicar el carácter "**contingente**" en el procedimiento penal, pues si no hay ningún fallo a propósito de la responsabilidad penal (por ejemplo se dictó sentencia absolutoria), eso no significa que la pretensión civil sea derivada a sede civil, sino que es posible, que haya algún elemento de **conexión objetiva** al hecho histórico, encontrar ese elementos es fundamental, pues habilita al juez penal a pronunciarse sobre la acción civil, válidamente ejercitada por el actor civil y cuando corresponda.

El dictado de una **resolución mixta** (terminología acuñada en ésta investigación), es decir absolver por el delito al imputado y condenarlo por las consecuencias civiles, por ahora, la jurisprudencia es la que tiene que fijar, en qué casos procede la aplicación excepcional del artículo 12 ordinal 3 del código adjetivo penal peruano, **estimo que** debe realizarse una INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA, para no vulnerar no solo el principio de legalidad, sino también para no afectar el debido proceso en perjuicio del imputado o la tutela judicial efectiva a favor del agraviado; considerar éstos derechos fundamentales, requiere realizar un juicio de ponderación, en cada caso en concreto. Pues cuando el legislador dice: "*La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible **válidamente ejercida, cuando proceda***"; no nos da ninguna posibilidad para realizar una tarea de

¹⁴⁰ "Los juristas del derecho civil denominan a esta situación una extensión in utilibus (del latín útil) de la sentencia colectiva, porque solamente se extiende la decisión si es favorable a los intereses del grupo. También se le denomina secundum eventum litis, porque depende del resultado del litigio".

¹⁴¹ El legislador español si lo ha previsto en forma expresa conforme se puede consultar – ya lo hemos citado anteriormente – del Código Penal de 1995, artículos 118 al 121, por tanto, el tema es de aplicación y no de interpretación vía jurisprudencial.

hermenéutica para descubrir legislativamente, cuáles son esos casos, que han merecido sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, que permiten condenar civilmente al imputado por las consecuencia derivadas del delito; por tanto, la discrecionalidad que el legislador le otorga al juzgador, no creo sea intencional, sino que ha sido, porque se ha copiado parcialmente normas de otros sistemas – desconocemos de donde, pues el código procesal penal no tiene una exposición oficial de motivos bastante completa para lograr una INTERPRETACIÓN “AUTÉNTICA”.

Si bien es necesario y se debe completar y llenar de contenido al artículo 12,3° del NCPP, y no existen presupuestos fijados por el legislador, la jurisprudencia tiene que ser muy cautelosa, pues si realizar una INTERPRETACIÓN EXTENSIVA, es evidente que se está ampliando la competencia del juez penal al ámbito civil a supuestos que, en principio desconocemos cuales son, pero que por el derecho comparado podemos señalar que serían algunos, como legítima defensa, estado de necesidad justificante o inculpante y otros del artículo 20 del C.P., ésta norma como se puede apreciar, desde la dación del NCPP que empezó en Huaura y luego se extendió a todo el país, está construyéndo y edificándose ante la ausencia de presupuestos fijados por el legislador, la tarea es pues bastante discutible, peligrosa y no con pocas equivocaciones en el plano de la práctica y de la legalidad que pueden hasta afectar derechos que tienen relevancia constitucional, conforme a los casos que a guisa de ejemplos los propondré en el capítulo siguiente. Si bien, es loable la intención del legislador del artículo 12,3° del NCPP, de autorizar expresamente el sistema de acumulación de la acción civil a la penal, con lo cual se permitiría alcanzar la justicia en forma más expeditiva a favor de la víctima, que no tendría que ir a otro proceso a exigir las consecuencias resarcitorias de la responsabilidad deriva del delito, se corre el riesgo de ingresar a campos donde realmente no es posible que ello se discuta en sede penal, pues las normas de la competencia excepcional que trae dicha norma no han sido regulados expresamente, ni se puede deducir la competencia, sino que ellas tienen que fluir expresamente, en cuanto a las materias que ve y resuelve; cosa que no existe en el ámbito del artículo 12, 3° del NCPP; en ese estado de cosas, el Código Civil será el parámetro limitante y generará una INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA a los casos y reglas estrictas de la

responsabilidad civil extracontractual y en ocasiones de la responsabilidad civil contractual y los propios criterios de la Corte Suprema, los que regulen en determinado caso, por lo que se exige que los jueces tengan que INTERPRETAR ésta norma procedimental, según los principios constitucionales y la doctrina emanada por nuestro Tribunal máximo intérprete de la Constitución, en cuanto al resarcimiento al daño que se ha ocasionado; por ejemplo, todos tienen derecho a la vida, integridad, a la protección de poblaciones en riesgo (niños, adolescentes, personas de la tercera edad, personas con discapacidades diversas, mujeres, personas LGBTI) el medio ambiente y otras medidas tuitivas en derechos que involucren derechos de primera, segunda, tercera o cuarta generación, todas ellas pueden dar lugar a una INTERPRETACIÓN PRO HOMINE Y PRO VÍCTIMA¹⁴².

3) Nuestra postura es que la interpretación del artículo 12 ordinal 3 del CPPP, debe ser una INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA, CAUTELAR Y DOCTRINAL, con el fin de alcanzar la mayor tutela judicial resarcitorio, dentro del mismo proceso penal de cara con los nuevos movimientos mundiales a favor de la víctima del delito; pero como lo habíamos dicho, puede existir una colisión del derecho fundamental a la libertad por parte del inculpado y la defensa del perjudicado en un sistema procesal penal que debe ser eficaz y eficiente en la tutela judicial; a pesar de que se trata de una acción civil accesoria y contingente a la acción penal, tendrá que apreciarse adecuadamente sus consecuencias jurídicas en cada caso en concreto

En resumen, el legislador peruano no ha regulado los supuestos de hecho que son aplicables al artículo 12 ordinal 3 del CPPP, pero ella misma dice que la acción civil debe derivar del hecho punible ***“válidamente ejercida, cuando proceda”***; entonces el adverbio de modo, implica que la acción civil merecerá

¹⁴² Como ya lo hemos realizado capítulos atrás, la interpretación de la Constitución, debe realizarse bajo el sistema del bloque de la constitucionalidad, establecido en la disposición final y transitoria Cuarta del Código Político, que si bien ésta no habla en ninguna de sus normas sobre la víctima o agraviado o sus derechos mínimos, ello no significa que nuestro ordenamiento nacional es ajeno, ya hemos relatado, que la interpretación debe ser apreciada en función a los Tratados del cual Perú es parte, en especial el haber ingresado al sistema de justicia internacional regulado por el Estatuto de Roma que sí permiten argumentar la presencia de derechos que son reconocidos en el Código Procesal Penal y finalmente el artículo 92 del Código Penal que consagran el resarcimiento que debe recibir la víctima como un auténtico Derecho de rango ordinario, pero por su naturaleza al pertenecer a una persona forma parte de un haz de derechos con base Constitucional que protegen a la persona en determinada situación de haber sido amenazado o sufrido un peligro emergente de un delito o de un evento con apariencia delictiva.

respuesta no en todo caso; entonces, bajo una interpretación sistemática por comparación de normas; entonces, bajo la competencia **“secundum eventum litis”** si estamos ante una responsabilidad civil extracontractual debo aplicar los siguientes presupuestos: **a)** El sujeto activo del daño, **b)** el sujeto pasivo del daño **c)** el factor de atribución, dolo, culpa, riesgo **d)** relación de causalidad adecuada¹⁴³ - Juicio de Retrospec-, **5)** Exoneración de inmunidades o presencia de fracturas causales, **6)** el daño presente o remoto y **7)** su resarcimiento integral (daños y perjuicios, daño a la persona y daño moral) y si estamos ante una responsabilidad civil contractual debo aplicar los siguientes presupuestos: **1)** El sujeto activo del daño, **2)** el sujeto receptor del daño **3)** el factor de atribución, dolo, culpa inexcusable, culpa leve **4)** relación de causalidad inmediata y directa¹⁴⁴, **5)** Exoneración de inmunidades o presencia de fracturas causales, **6)** el daño presente o remoto y **7)** su resarcimiento integral (daños y perjuicios, daño a la persona y daño moral); eso implica aplicar el Código Civil en su real dimensión; aunque vamos a proponer en los casos en que debe proceder dicha norma, en tanto será la jurisprudencia, la que debe dictar en que supuestos procede y siguiendo éstos parámetros: **1)** presencia de un daño; **2)** que el daño nazca del mismo hecho

¹⁴³ Si apreciamos con cuidado el Acuerdo Plenario No 4 – 2019 (ver página 12), la Corte Suprema ha señalado que para fijar la responsabilidad civil extracontractual conforme al artículo 12 ordinal 3ro del CPP, debe considerarse *“(…) que si bien la antijuricidad presupuesto ineludible en ambas clases de ilícitos, la concurrencia de la tipicidad en la infracción penal y su ausencia en el ilícito civil determina que en cada una de esas disciplinas jurídicas la contrariedad al derecho tenga un significado distinto – en Derecho civil basta la causación de un daño en intereses jurídicos ajenos-(…)”*; no es correcto la postura, porque hablar de causa, implica la presencia de varias teorías al respecto: la teoría de la equivalencia de condiciones, la teoría de la causa próxima, la teoría de la causa preponderante, la teoría de la causa eficiente y la teoría de la causa adecuada o causalidad adecuada, equivalente a la teoría de la imputación objetiva en sede penal (traído por Pantalón Prieto, discípulo de Diez Picazo), postura asumida por los Tribunales españoles (ver: La responsabilidad civil en los pronunciamientos del Tribunal Supremo de España: “Aproximación al papel de la teoría de la imputación objetiva en la atribución causal” de Franco Andrés Melchori. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.47 Valparaíso dic. 2016), que es la que representa de más aceptación en nuestro medio y es la exigencia para indemnizar; entonces decir que basta la “causación de un daño” no esclarece el debate, y no podría servir para una interpretación adecuada, pues cualquier causa podría entenderse como generadora del daño, por lo que éste mensaje no resulta más apropiado para enviar un mensaje jurisprudencial a nuestros jueces, que podrían indemnizar por cualquier causa generadora del daño, sin considerar que solo es admisible la aceptación de una relación de causalidad adecuada entre el hecho generador y el daño producido – varias de las sentencias que apreciamos en casación inclusive, solo aluden a la presencia de una relación causal para indemnizar-; amén que debe considerarse la presencia de fracturas causales, tanto en la responsabilidad subjetiva, como en la responsabilidad objetiva, con arreglo a nuestra legislación civil; solo entendiendo éstas posturas, es posible utilizar adecuadamente la competencia *“secundum eventum litis”* (denominación acuñada por E. Gómez Orbaneja) y proceder a indemnizar conforme a la responsabilidad civil extracontractual *“ex damno”*.

¹⁴⁴ Artículo 1321 segundo párrafo del Código Civil.

histórico del que nació aparentemente el hecho punible, que es desestimado en el proceso penal y deja pendiente el pronunciamiento de la acción civil; y **3)** ese resarcimiento sea compatible con los daños al que alude nuestro Código Civil en principio y en otros casos, a derechos fundamentales (pueden ser la Dignidad, la Vida y la Libertad y otros que resulten en el plano no fácticos, pero afectados) conexos al hecho aparentemente punible. Así el juzgador peruano, tiene que ponderar, una INTERPRETACIÓN prudente de esta **“competencia adhesiva”** del juez penal para conocer de las cuestiones civiles derivadas del hecho histórico que emerge de un caso con apariencia penal, pero que al final solo encontramos un daño sin vinculación con el delito y que debemos buscar cual es la **causa adecuada**¹⁴⁵ **o causa inmediata o directa**¹⁴⁶ de ese daño, que puede dentro del sistema de responsabilidad civil extracontractual (indicador 2) o el sistema de responsabilidad civil contractual (indicador 3); ambas explican el daño ocasionado y ellas tiene una correlación, por eso nuestra investigación descriptiva es correlacional; y que ambas variables, surgen de lo que se denomina **“competencia secundum eventum litis”** acción civil (variable independiente); que tienen relación porque justifica la indemnización por el daño causado en las personas, cosas o pertenencias (variable dependiente).

¹⁴⁵ El profesor Fernando Trazegnies explica que la teoría de la causalidad adecuada inserta en el artículo 1985 – dentro de la responsabilidad civil extracontractual-, implica entre otras explicaciones lograr de inicio una causa natural, bajo los parámetros de una Teoría de la Equivalencia de Condiciones (autoría del penalista Maximiliano Von Buri en 1860) y luego una causa jurídica (autoría del filósofo J. Von Kries) ésta última es la equivalente a la *“causalidad adecuada”* lo que supone apreciar la causa normal, adecuada, idónea, donde debe realizarse un *“Juicio retrospectivo de Probabilidad”*, donde el evento (causa) debe aparejar (un resultado) que pudo haberse previsto a partir de las posibilidades de prever por cualquier hombre promedio y común; entonces la causa es apreciada *“in abstracto”* pero también *“in concreto”* optándose por la causalidad en su variante OBJETIVISTA, complementada con fracturas causales (daños remotos, riesgo típico, riesgo atípico, en cada caso en concreto, concurrencia de culpas de la víctima y del victimario, imprudencia solo de la víctima, concausas que se pueden combinar) que operan como una *“nova causa”* que harían irresponsable al sujeto imputable del daño. La causalidad adecuada así lo encontramos en el artículo 1985 del Código Civil.

¹⁴⁶ El artículo 1321 segundo párrafo del Código Civil, no se afilia a la teoría de la causalidad adecuada, sino a la teoría de la causa próxima y teoría de la causa preponderante o eficiente; en éstos casos el sujeto responde por su accionar doloso, con culpa inexcusable o con culpa leve, en todos éstos casos el sujeto dañador responde, su culpa se presume iures et de iure; aunque se admite también que pueden darse las fracturas causales al que hemos expuesto en la nota inmediata anterior y que liberarían de responder al dañador.

CAPÍTULO V

APORTES DE LA TESIS DOCTORAL:

5.1 A LA DOCTRINA: Del nombre adecuado

De la responsabilidad “*civile debetum offensae*”, la presente investigación dogmática, pretende clarificar el nombre correcto que tendría la institución en investigación, regulado en el artículo 12 ordinal 3ro del Código Procesal Penal, de conformidad con su naturaleza jurídica, a nivel nacional unos pretenden llamarle responsabilidad civil “*ex delicto*” porque el resarcimiento de la reparación civil, implica la comisión de un delito y como consecuencia de ello debe indemnizarse; otros prefieren llamar a dicha norma en comento responsabilidad “*ex damno*” esto es, que para que aparezca la indemnización se precisa del daño; otros señalan que la acción civil en rigor, en el sistema penal no es “*ex delicto*”, sino “*ex damno*”¹⁴⁷; ésta norma considero que no es asimilable a la responsabilidad civil “*ex delicto*”, pues no es una responsabilidad que proviene estrictamente del delito, sino es una responsabilidad civil que proviene de una acción civil “*derivada*” del hecho punible – por lo menos eso es lo que dice expresamente la norma en comento -, por eso estimo que debe denominarse responsabilidad “*civile debetum offensae*”¹⁴⁸ – siguiendo las mismas reglas del latín – que traducido al

¹⁴⁷ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Lima 2015. p. 266. En igual sentido GUILLERMO BRINGAS, Luis. "Aspectos Fundamentales del Resarcimiento Económico del Daño causado por el Delito".

¹⁴⁸ HURTADO POMA, JUAN. Véase nuestro artículo pionero en esta terminología en nuestro país y que la titulamos: “*ALCANCES DEL EJERCICIO ACUMULADO DE LA ACCIÓN CIVIL A LA ACCIÓN PENAL CONFORME AL ARTÍCULO 12, ORDINAL 3ro DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO*”. En Revista Electrónica VENTANILLA JUDICIAL, Ventanilla - PERÚ. Volumen 1. **2018**. Ver: file:///C:/Users/user/AppData/Local/Temp/Ventanilla+Judicial-Primera+Edición.pdf.

castellano es la responsabilidad civil derivada del delito, no del mismo delito, sino que es colateral del delito, es verdad que sostener que la acción civil es derivada del delito, no es de agrado de todos los dogmáticos¹⁴⁹; considero que la acción resarcitoria acumulada a la acción penal, es propia del principio que alude a la **“competencia secundum eventum”**, sin embargo; por razones prácticas y de difusión, se ha adoptado el nombre más común y usado que es la responsabilidad civil *“ex delicto”* nombre con el cual se conoce más a la institución, pero inadecuado como se ha desarrollado anteriormente, en todo caso estamos ante una responsabilidad civil *“ex damno”*. Sin embargo, yo considero, que cuando el legislador habla de *“la acción derivada del hecho punible”*, no se está refiriendo a la acción civil emergente, como acción subsidiaria y acumulada a la acción penal¹⁵⁰, pues, en todo caso, se estaría requiriendo que el procesado tenga que ser condenado por la acción penal y luego tenga que ser condenado por la acción civil emergente, el supuesto de hecho de la norma en comento del artículo 12 ordinal 3ro del código adjetivo penal es que, hay un hecho punible que se persigue, pero por las circunstancias perfectamente reguladas en la ley, resulta que el hecho punible goza de una eximente reconocida en la ley - normalmente en el artículo 20 del Código Penal entre otros supuestos diseminados en el código acotado - y el delito entra a una fase negativa que obliga al juzgador que no se pueda condenar al procesado por la acción penal que quedó destruida por la

¹⁴⁹ DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. DERECHO PUC 65. *“La Acción Civil en el nuevo proceso penal”*. p. 222 dice: *“Se intenta demostrar que el NCPP «ataca» una vieja confusión vinculada a la idea de que la acción civil en el proceso penal deriva del delito, interpretación que conduce a un supuesto interés público o de la sociedad en el pago de la reparación civil o en la reparación del daño que distorsiona, seriamente, su tratamiento procesal”*. (...)” (p. 221). E insistiendo vuelve a decir: *“(…) Como es obvio, luego de la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento, no se puede calificar, como hace el artículo 12.3 NCPP, al hecho como punible. Se debió utilizar la frase «acción derivada del hecho que constituye el objeto del proceso» o una similar. La advertencia de este error de redacción es una clara muestra de que, precisamente, no se está ante una acción civil derivada de un hecho punible; como ya se dijo, la responsabilidad civil que se exige en el proceso penal no deriva de la comisión de un hecho delictivo. El delito tiene como consecuencia una pena; el ilícito civil, una consecuencia de esa naturaleza.”*(p. 227) (sic).

¹⁵⁰ La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación No 4638-2006 procedente de Lima (del 1 de abril del año 2018), deslindados de la acción penal respecto a la acción civil, pues en el fundamento sétimo señala: *“es erróneo afirmar como lo hace la Sala Superior, que la sola constitución en parte civil del ahora demandante en el proceso penal que motiva la presente demanda indemnizatoria, pueda ser suficientemente adecuado en la vía civil, circunstancia que, por cierto no limita que el Juzgador valore los hechos y las pruebas de forma razonada para efectos de establecer si corresponde al agraviado el otorgamiento de la indemnización que reclama, pero sí impide que éste emita una decisión inhibitoria, sustrayéndose de su deber de administrar justicia, por el sólo hecho de que el demandante se hubiera constituido en parte civil en un proceso penal”*.(sic).

eximente perfecta, sin embargo, ese hecho natural que es el mismo sirve de base en las consecuencias dañosas que se derivan de aquel; pensemos momentáneamente que “A” cuyo terreno es inundado por una torrente de agua y que para no afectarse sus cultivo de flores, intencional y dolosamente derruye una pared de su colindante “B”, por el cual discurren las aguas, pero evita un daño mayor a sus cultivos, entonces hay un solo hecho natural, el mismo que tienen consecuencias jurídicas, si es penalmente, estamos ante el delito de daños, pero como juega la eximente penal, contenida en el artículo 20 del Código Penal, diremos que actuó en estado de necesidad justificante, porque se salvaron sus cultivos de flores de importación para perfumes costosos, en cuyo caso “A” no puede ser condenado por el delito de daños, a pesar de haber sacrificado una pared de material rústico y en mal estado de propiedad de “B”, qué duda cabe que, éste tendrá que ser indemnizado por los daños causados, es evidente que la acción civil deriva no precisamente del delito, pero sí de la acción que generó daño; por eso no es un despropósito hablar de responsabilidad civil derivada del daño, esto es de la acción **“civile debetum offensae”** o simplemente responsabilidad civil **“ex damno”**, por eso no compartimos la postura del profesor Gonzalo del Río; aunque es verdad que la acción penal tiene su base en el ius persiquendi y el ius puniendi y por ende derecho público, porque el titular es el Estado; pero la acción civil, tiene su titular que es el agraviado, o perjudicado o víctima, cuyo titular siempre es un privado (aunque puede ser también un órgano del Estado) y ambos tienen reglas de juego en el interior del proceso que son disimiles; lo que interesa, clausurado la acción penal, el juez no puede abdicar a pronunciarse por la acción civil emergente del mismo hecho natural, pues aún, cuando ese hecho, siempre ilícito, no puede ser calificado como infracción penal, gracias a la eximente existente que lo despenaliza; ello no significa que la acción civil no emergió, ni derivó y por ende merece un pronunciamiento, en mérito a la competencia **“secundum eventum litis”**. Había sostenido que bajo el sistema antes mencionados, el Juez Penal, conforme al artículo 12 ordinal 3º del código adjetivo penal, no solo tiene asignado una competencia penal, sino también una competencia civil, para pronunciarse de las consecuencias derivadas del delito o del hecho con apariencia punible; de modo tal que hay DOS COMPETENCIAS, fijadas ex lege, y a ello está vinculado el Juzgador

Penal, Gonzalo Del Río plantea un ejemplo, si alguien es denunciado por estafa y luego en el proceso se estableció que no hay dolo o un engaño que configure el delito, debe decretarse el sobreseimiento o la absolución por atipicidad, y dice, si se verifica el incumplimiento, el órgano jurisdiccional está obligado a dictar una indemnización; en un segundo ejemplo, dice que si se imputa a determinada persona la comisión de un delito de daños, pero luego se establece que la conducta fue ocasionado en forma negligente, el nuevo código permite que el órgano jurisdiccional, obligue al pago de una indemnización por el daño causado, pero como fue ocasionado por culpa, el código penal no prevé la figura de daños culposos, en tanto su caso queda incontestado¹⁵¹; en ambos casos, el juez penal tiene que pronunciarse, no solo porque existe daño verificado y derivado del hecho aparentemente delictivo, sino porque también hay una segunda competencia eventual, que tendría que pronunciarse por mandato expresamente asignado en el artículo 12, ordinal 3° del código instrumental penal, esas imprecisiones o aquellos cuestionamientos que quedan en el tintero, no son apropiados para entender cabalmente a la institución; finalmente en un caso que tuvimos, se trató de una adolescente de 15 años, quien bajo su consentimiento tuvo relaciones sexuales con su enamorado de 20 años, evidentemente la causa eximente penal del consentimiento de la víctima libera de responsabilidad penal al imputado, empero quedó demostrado en el proceso judicial, por las pericias psicológicas y sesiones que a las que había sido sometido la menor que ella había pretendido suicidarse, porque estaba sufriendo depresión y afectación a su indemnidad - que aun cuando consintió - es evidente que hay un daño derivado, por tanto, la acción penal se encuentra impecable resuelto; pero por la acción civil, se encontraba pendiente de pronunciamiento por el daño moral causado, lamentablemente los colegas no estuvieron de acuerdo más aún si el caso era provenía del código de procedimientos penales de 1940, como si ello fuera un impedimento frente a un daño derivado y totalmente comprobado.

En resumen, un sector de la doctrina llama al daño derivado del delito como la responsabilidad civil "***ex delicto***" ésta denominación es correcta,

¹⁵¹ DEL RÍO. Ob. cit. p. 228.

pero cuando hay condena penal y resarcimiento civil, pero cuando no hay condena y sí resarcimiento civil, conforme a la doctrina del artículo 12 ordinal 3ro del CPPP, otro sector de la doctrina prefiere llamar a ésta institución responsabilidad civil **"ex damno"** esto es que, para que aparezca la indemnización se precisa del daño, pero podría confundirse con la responsabilidad civil pura o extracontractual; si bien es cierto que hay bastante similitud, yo prefiero llamarlo responsabilidad civil derivada del daño proveniente de un hecho con apariencia penal, acción que indirectamente generó daño u ofensa, esto es de la acción **"civile debetum offensae"**, pero tampoco se trata de cualquier daño, sino solo de aquel que nació del mismo hecho histórico, del cual surgió el hecho con apariencia punible, y que habiéndose agotado la primera competencia sobre el extremo penal, entra por accesoriedad y contingencia a pronunciarse el juez por la segunda competencia asignada – competencia secundum eventum litis - sobre la acción civil que emerge de un daño que proviene de aquel mismo hecho histórico, existiendo conexión y no son otras, sus causas.

5.2 A LA TEORÍA: De los presupuestos para su aplicación

5.2.1 Presencia de "un mismo hecho histórico"

Sobre la institución regulada artículo 12 ordinal 3° del NCPP, no cabe duda que es una de las modificaciones más importantes en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal¹⁵²; sin embargo, la propuesta más crítica es, ¿Cuál es el alcance de su aplicación?: se debe aplicarse a todos los casos en que se produce un daño¹⁵³ o si la norma debe expresar en qué casos es

¹⁵² El **Acuerdo Plenario No 5 - 2011** dirá en el fundamento 7mo segundo párrafo: *"Sin lugar a dudas, **la modificación más importante del Código Procesal Penal en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12°, apartado 3), del referido Código, que estipula que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda. Esto significa, en buena cuenta, que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la Jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito- no puede ser calificado como infracción penal."***

¹⁵³ GARCÍA CAVERO Percy. "La Naturaleza y Alcance de la Reparación Civil: A propósito del Precedente Vinculante establecido en la Ejecutoria Suprema R.N. 948-2005 Junín". Revista: ITA IUS ESTO IIE. *"Si la reparación civil derivada del daño acreditado en el proceso penal puede ser*

procedente y por ende solo a determinados hechos. En efecto, conforme a la naturaleza jurídica del ejercicio acumulado de la acción civil a la acción penal, solo se tiene una norma que debe ser interpretada con normas del Código Civil. En el derecho comparado, específicamente en España, sí existen normas complementarias a la institución del **“civile debetum orfensae”**, yo también tomando postura personal, considero que se requieren de normas complementarias en el Código Penal, así como existen normas que regulan sobre la acción penal y cuando se producen las causales de exención, también deberían haber normas que regulen las causales que autorizan la indemnización en la reparación civil, a pesar que se dicta una sentencia absolutoria o un sobreseimiento. Veamos un ejemplo, en el Expediente No 00171-2012 (sentencia del 30 de noviembre de 1917) proveniente de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, los Jueces Superiores¹⁵⁴ decidieron confirmar una sentencia condenatoria a un funcionario, pero en la modalidad de pena suspendida, se declaró nulo un extremo, y el caso que nos importa, es que se dictó sentencia absolutoria al procesado Edwin Antonio Leiva Herrada por el delito de colusión, extremo que se absolvió en primera instancia, y en segunda instancia, sin embargo, fue condenado civilmente, pues se le impuso el pago de mil soles - suma totalmente exigua al perjuicio patrimonial al Estado que bordeó en intereses patrimoniales en la suma de casi un millón de soles - no precisamente por el delito del cual había sido absuelto, sino porque si bien había evaluado las propuestas técnicas, elaboró las especificaciones técnicas y los cuadros de calificación de las empresas postoras, pero no observó que la empresa ORMUZD que tenía licencia expirada, y por esa falta de licencia de funcionamiento, se transgredieron bases administrativas que debió ser descalificada, durante la apertura de sobres y del cual el resto de los acusados principales, señalaron que estaban conformes, por ende la empresa ORMUZD ganó la Licitación Selectiva; entonces el tema es, si un funcionario es procesado por delito contra la administración pública (cualquiera de los

establecida aun cuando haya una sentencia absolutoria o simplemente se archive el caso, habría que preguntarse cuál es el mínimo requisito común para que pueda establecerse una reparación civil en el proceso penal, pues de lo contrario se le daría luz verde al juez penal para determinar, en cualquier caso, una reparación civil”(sic) p. 93.

¹⁵⁴ Mendoza Retamozo, Maita Dorregaray y Enrique Sumerinde.

delitos) similar al presente, y si al final se determina **que no se produjo el hecho de colusión**, debería asumir el pago de la reparación civil por una función administrativa no cumplida a cabalidad, con arreglo a las normas pertinentes sobre contratación de bienes y servicios? Hemos expuesto en el marco normativo, que si tomamos en consideración el artículo 344 ordinal 2° inciso b), el sobreseimiento procede cuando el hecho objeto de la causa no se realizó, en el presente se estimó que en el caso concreto, no se produjo el hecho; pero el funcionario, sí debería ser responsable civilmente, porque sí seguimos distinguiendo la naturaleza jurídica de la acción penal y civil en su distinta fuente normativa y que son acciones acumuladas; que dan lugar a que la omisión desplegada por el funcionario de incrementar el riesgo y el descuido bajo grave culpa, de una función encomendada de controlar la licitación, sí justifica que puede ser condenado civilmente, ese descuido de obligación de éste imputado, sí produjo en ese escenario, como servidor público, por eso que la responsabilidad civil denominada **“civile debetum offensae”** – que es la responsabilidad civil derivada del delito- debió hacerse efectiva y no hay incompatibilidad, pues esta ha nacido del mismo hecho histórico del hecho con apariencia punible, con el hecho que sirvió de sustento para condenarlo civilmente, postura que se adoptó; en contra de doctrina nacional que señala, que si el hecho quedo como inexistente o no probado o que el acusado no fue el autor del hecho criminal, no puede ser condenado a pagar la reparación civil¹⁵⁵, criterio jurisprudencial muy saludable, para evitar los actos de corrupción colaterales o derivados de acciones con apariencia punibles. Otro caso muy similar al anterior, fue la sentencia recaída en el Expediente No 91-2016 de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, proceso seguido contra varios imputados, servidores que fueron absueltos por el delito de Colusión en agravio de la Marina de Guerra del Perú por el señor Juez del Juzgado Unipersonal de Ventanilla, y el único condenado fue el marino oficial José Gabriel Granda Gamarra, quien se había interesado en devolver mercadería adquirida según él, de menor calidad, sin dar cuenta a sus superiores, sin seguir los procedimientos en la adquisición de bienes y servicios, tales como

¹⁵⁵ DEL RIO LABARTHE dice: *"Desde luego, si el sobreseimiento o la absolución se amparan en la inexistencia del hecho que conforma el objeto procesal, es imposible condenar al pago de una reparación civil en alguna de esas resoluciones."* (sic). Ob. cit. p. 228.

la conciliación, la transacción, o someterlo a arbitraje y hasta pedir la resolución del contrato de adjudicación, todos ellos incumplidos por éste marino, esa falta de transparencia en la administración pública no la hace seria a la Marina de Guerra del Perú, pues para ello, hubieron bases, hubo un comité de adjudicación, decidiéndose a espaldas de éste y de los procedimientos mencionados, motivo por el cual el Juez y la Sala Penal¹⁵⁶ coincidieron en fijar el pago de daños extrapatrimoniales (aún me queda la duda si estamos frente a una responsabilidad civil contractual entre el servidor y el Estado?) en la suma de veinte mil soles, que finalmente fue reformada a la suma de diez mil soles, pues se sostenía que se había causado daño al haberse perjudicado la imagen de la institución pública, fallo que fue en Casación y se está a la espera del resultado. En conclusión, **la inexistencia del hecho** o que éste no ha sucedido o no esté probado que el acusado fue el autor del hecho criminal, no necesariamente excluye la responsabilidad civil, pues como lo he sostenido, la naturaleza jurídica de la acción civil, es que ésta deriva de un hecho no necesariamente punible, pero sí de un mismo hecho histórico con apariencia de ilícito que genera daño, que puede ser por los factores de culpa o incremento del riesgo y obviamente teniendo en consideración, todos los presupuestos para declarar fundada la acción civil (tales como hecho, nexo causal, factor de atribución, daño y cuantía del daño)¹⁵⁷. Sin embargo, distinta fue la decisión adoptada en el Recurso de Nulidad N°3053-2014 procedente de Puno, dictada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema¹⁵⁸, quienes declararon, no haber nulidad en la sentencia que absolvió a Andrés Choquehuanca Huanca y otros, de la acusación fiscal por el delito de colusión, en agravio del Estado, y que habiendo actuado en estado de necesidad inculpante, habían vulnerado una serie de procedimientos regulares de contratación, con la finalidad de dar servicio de electrificación, gracias a una donación conseguida y que no se había generado ningún perjuicio económico a la Municipalidad de Huancané.

¹⁵⁶ El Señor Juez Unipersonal Walter Gómez y los Jueces Superiores Ana Vásquez Bustamante, Gloria Calderón Puertas y Juan Hurtado Poma (ponente).

¹⁵⁷ Esta postura inclusive es coherente con el Recurso de Nulidad No 1475-2013 del 20 de septiembre del 2013, en el cual se sostuvo por el alto tribunal que, en los delitos contra la corrupción, el perjuicio económico no es un requisito fundamental, basta que no se respeten las normas constitucionales de contrataciones del Estado para su consumación.

¹⁵⁸ San Martín Castro, Salas Arenas (ponente), Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo y Neyra Flores.

Otro caso fue del Expediente No 00703 (sentencia del 27 de agosto del año 2016) en el cual los Jueces de la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima¹⁵⁹ tuvieron que absolver al sentenciado Loanw Davit Escobedo Gómez, quien fue condenado por el delito de complicidad en delito de lesiones, su vinculación al delito fue que el día de los hechos, en efecto estuvo en la escena del crimen, conocía a los agresores de la víctima Edgar Gustavo Torres Ticona, pero como no ayudó en nada, fue condenado al pago de la reparación civil de S/. 500.00 soles a favor de la víctima, los Jueces Superiores utilizando criterios y presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual absolvieron del pago y no podía ser condenado civilmente. Otro caso, fue el Expediente No 00147-2011 (sentencia del 8 de abril del año 2013) por el cual la Sala Penal de Apelaciones de Corrupción de Funcionarios, donde los Jueces Superiores¹⁶⁰ desestimaron una apelación de la Procuraduría Especializada en Corrupción de funcionarios, por el cual el servidor Nilo Lozano Tunama fue absuelto del delito de enriquecimiento ilícito y que si bien, habían cuentas sospechosas nunca se llegó a probar su origen ilícito, en tal sentido desestimó la apelación que pretendía el pago de una indemnización en la suma de S/.32,077.81 por daños extrapatrimoniales, dado que no se había determinado el nexo causal **derivado** de la función pública como Gobernador, que esté vinculado a ese incremento patrimonial no justificado. Los daños derivados que hemos sostenido en los casos ya narrados, tienen un sustento más consistente y se deriva de la propia naturaleza jurídica de la acumulación heterogénea de acciones, de la vinculación del mismo hecho histórico del presunto hecho punible con él hecho final del daño, existiendo entre ellos conexión y una relación de causalidad adecuada (de ser responsabilidad civil extracontractual) o de causa próxima (de ser responsabilidad civil contractual).

En resumen, Aplicar en teoría los efectos del artículo 12 ordinal 3° del CPP, es decir, condenar al que fue absuelto de la acción penal, por el pago de la reparación civil, exige la presencia de un solo hecho histórico, que nació con apariencia delictiva y que luego al extinguirse éste por diversas causas (absolución, sobreseimiento o extinción entre otros) se puede condenar

¹⁵⁹ Cavero Nalvarte, Vargas Gonzales y Chamorro García.

¹⁶⁰ Castañeda Otsu, Mita Dorregaray, Vela Barba.

civilmente al absuelto; pero que el hecho que nació debe tener conexión y generar causalidad adecuada o eficiente con el daño que se va a indemnizar, si esa conexión no existe (en el caso de funcionarios públicos, se tendría que saber que normas del sector público no cumplió), por más que estemos ante un caso que aparentemente generó daño, no es posible fijarse el pago de la reparación civil¹⁶¹; asimismo porque excede a la competencia del juez penal.

5.2.2 Competencia "secundum eventum litis" y los daños derivados

En efecto, como habíamos sostenido en el apartado anterior, cuando el Juez Penal acoge un caso, tiene dos competencias, la penal y la civil, la competencia a propósito de la acción civil, es una competencia que se discute tan pronto se extingue o se considera no existente la acción penal; entonces, emerge la competencia "***secundum eventum litis***" en función a que el legislador así lo ha admitido en el artículo 12 ordinal 3° del código adjetivo penal, si bien ambas acciones son de naturaleza heterogénea son conexas en tanto y en cuanto, ambas proceden de un mismo hecho; estimo que, para proceder esta segunda competencia - la civil - es preciso, que la competencia por la primera competencia - la penal - sea un ilícito civil con apariencia delictiva y que en determinadas circunstancias, como dice el SUPUESTO DE HECHO de la norma expresa ya citada "*La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá (...); y la CONSECUENCIA JURÍDICA dirá: "...pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda*", de una interpretación auténtica del supuesto de hecho, ya no estamos en el auto de sobreseimiento ni sentencia absolutoria del hecho penal, sino que superado ambos escenarios, la consecuencia que el legislador, le ha impuesto al juzgador es que NO ESTÁ IMPEDIDO, de pronunciarse, al contrario, el mismo legislador le indica mandatoriamente que se pronuncie sobre la ACCIÓN CIVIL, pero no se trata de cualquier acción, sino que le pone límites y considero que los requisitos para ejercitarse son:

¹⁶¹ Por eso ante un ejemplo propuesto, como el siguiente, un varón A sale con su mujer B al mercado, cuando pretenden pasar la pista, el varón se adelanta, por lo que C que iba con velocidad adecuada, y no descuidó ningún deber objetivo de cuidado, atropella y mata a, A; como quiera que todo éste escenario fue observado por su mujer B, ella se desvanece y muere de un infarto por la impresión; no podría darse la aplicación del artículo 12 ordinal 3ro del CPP, por no existir una "causalidad adecuada".

1) una acción civil derivada (variable independiente) no precisamente del hecho punible – pues éste ya fue clausurado con arreglo al auto de sobreseimiento o a la sentencia absolutoria-, sino de una “causa adecuada” o “eficiente” conexas del hecho punible; **2) tiene que ser válidamente ejercitada**, es decir, tener interés y legitimidad para obrar, en tal sentido debió ser exigido por el actor civil en caso se hubiera constituido (legitimidad para obrar ordinaria) o por el propio señor representante del Ministerio Público (con legitimidad para obrar extraordinaria), y **3) y cuando proceda**, es decir, no puedo tomar, como causa eficiente del daño, al que pudo haber nacido del mismo hecho punible, a ese daño, no se refiere el legislador, sino se refiere a las consecuencias del mismo acto, y que para proceder, su origen está en un mismo y único hecho histórico que parecía delictivo, pero no lo fue – con arreglo a la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento -, pero que **el hecho ocasionó daño (variable dependiente)**; evidentemente, no todo hecho relacionado a aquel hecho histórico podrá traer daño, se requiere de hechos vinculados y conexos con el acontecer delictivo para que pueda generar una responsabilidad civil tan pronto fue clausurado sede penal, solo cumpliendo éstos requisitos podemos ubicarnos en ésta “**tutela judicial excepcional**”, contenida en el artículo 12 ordinal 3° del código adjetivo penal.

Bajo éstos **fundamentos** teóricos, puede ser entendible los siguientes casos: **1)** La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el **Recurso de Casación No 201 – 2014/ Ica**, leída el día 30 de Marzo del año 2016, el ponente fue el juez supremo Villa Stein trató del inculpado Walter Inocencio Sigwas Hinostroza, quien fue procesado por el delito de violación sexual en agravio de la menor de iniciales K.L.C.T. (16), el recurso de casación fue declarado infundado y se confirmó la sentencia - fojas 110 - del once de marzo de dos mil trece, en el extremo que absolvió de al procesado del delito contra la libertad sexual, pero como el abogado del imputado al contrariar también el extremo de la reparación civil, declaró inadmisibles el recurso de casación y confirmó la sentencia apelada en el extremo que fijó en tres mil quinientos nuevos soles, el monto que por concepto de reparación civil a favor de la citada agraviada, no se pudo tener acceso a la sentencia del Juez Unipersonal y de la Sala Penal Superior para conocer cuáles fueron los fundamentos de haber fijado el pago de la reparación civil, pero por la misma sentencia en

casación, se sabe que el procesado fue absuelto, porque no se había acreditado el yacimiento carnal, pues solo habían sugilaciones en el cuello de la víctima y por tanto, hacía inducir a que la agraviada consintió dichas relaciones, que solo se limitaron a frotamientos en el cuerpo de la menor agraviada y finalmente que, no se acreditó los verbos rectores del tipo penal utilizados del artículo 170 del Código Penal, de los elementos que sirvieron para absolver, se puede deducir el razonamiento de la Sala Penal Superior, que el daño moral se ha producido, no son precisamente por los hechos presuntamente delictivos de violación, sino son producto del estresor sexual sufrido, del malestar y del daño moral y éstos, sí traen "*causalidad adecuada*", en los mismos hechos históricos habiendo causado los daños, que estuvieron explicitados en la pericia psicológica, esos daños resarcibles con arreglo al artículo 1969 del Código Civil, el presupuesto para acceder a esa "***tutela judicial excepcional***", requiere que esos perjuicios causados traigan causa no sólo en una conducta activa u omisiva perjudicial, sino que además debe ser supuestamente típica desde la óptica del Derecho Penal; hizo bien el Juzgado Colegiado al fijar el pago de la reparación civil, aún pese a que absolvió al acusado por el delito de violación sexual, condenó civilmente a favor de la víctima que sufrió daños. **2)** Más elocuente es el fallo dictado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema¹⁶², cuando en el **Recurso de Casación No 1535-2017/Ayacucho**, leída el día 26 de setiembre del año 2018 y tuvo como ponente al juez supremo César San Martín Castro, quien determinó, que si bien la acusada Juana Huancahuari Paucar en su condición de Directora Ejecutiva del Proyecto Especial Sierra Centro Sur, firmó el contrato con la empresa Tecnología de Materiales, quedó establecido que si se produjera un retraso en la entrega de bienes, la entidad acreedora, aplicaría una penalidad por cada día de retraso, la cual podría ser hasta el diez por ciento del monto del contrato vigente, cláusula que no se hizo efectivo en contra de la empresa, sino en contra de la acusada en su condición de funcionaria y en tal sentido, en primera instancia fue condenada por el delito de negociación incompatible y fijó el pago de la indemnización en la suma de ciento cincuenta mil soles por concepto de reparación civil, apelado que fue la

¹⁶² Sala que integraron los Magistrados San Martín Castro (ponente), Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas y Chávez Mella.

Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho al señalar que no se había establecido el tipo penal, ni el tipo subjetivo del delito, fue absuelta la acusada, tanto de la pena como de la reparación civil; interpuesto el recurso de Casación por la Procuraduría, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, señalando que no se había hecho un debido examen sobre la responsabilidad civil y estando acreditado el incumplimiento, así como la falta de diligencia, al no ejecutar la cláusula penal, y en aplicación del artículo 1969 del Código Civil (responsabilidad civil extracontractual) procedió a declarar fundado el recurso de casación y dispuso que se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto a la condena civil y el pago de la reparación civil en la suma de ciento cincuenta mil soles; se aprecia que la Corte Suprema utilizando la DOBLE COMPETENCIA -, condena por la acción civil o llamada "***secundum eventum litis***" asignada al órgano jurisdiccional, siempre que se aprecie una responsabilidad derivada del delito o "***civile debetum orfensae***" y se trata del mismo hecho histórico, pues hay responsabilidad civil derivada de un hecho con apariencia punible; sin embargo conforme a las teorías propuestas, no hay "*causalidad adecuada*" sino que el funcionario y eventualmente la propia empresa debían responder por responsabilidad contractual, la primera por no observar sus obligaciones para con su empleador y la segunda debió pagar la cláusula penal, entonces, hizo mal la Corte Suprema al fijar responsabilidad civil extracontractual cuando hay responsabilidad contractual y dejar libre a la empresa. Esta última distinción que hago justamente es uno de los aportes de mi Tesis a la Teoría, sobre la naturaleza jurídica del ejercicio acumulado de la acción civil a la acción penal, conforme al nuevo código procesal penal peruano, no solo es la presencia de acciones heterogénea una penal y otra civil en sede penal; tal reconocimiento es antiquísimo, pues en España en su Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, en el Artículo 116 sostiene expresamente: "*La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer*" la misma que tiene coherencia con el artículo 117 cuando en su segundo párrafo dice: "*La sentencia firme absolutoria dictada en el pleito promovido por el ejercicio de la acción civil, no será obstáculo para el ejercicio de la acción penal*"

correspondiente.”; en realidad en el derecho comparado ya se conocía la presencia de una **acumulación de procesos**¹⁶³, pues en un proceso penal se deslindaba la acción penal, pero también se acumulaba una pretensión civil en el que se veía la acción civil, entonces, considero personalmente, que en puridad no se trata de una acumulación heterogénea de acciones¹⁶⁴, sino de una acumulación de dos procesos en los cuales hay dos acciones autónomas¹⁶⁵; precisiones que estimo son importantes para no confundir las instituciones como acumulación de procesos, con acumulación de acciones extracontractual y contractual cuando corresponda en los hechos, lo cual podría inducir a error a los lectores.

En resumen, Un segundo presupuesto para que opere la aplicación del artículo 12 ordinal 3° del CPPP, no solo estamos ante una acumulación de pretensiones heterogéneas, sino que el tema va más allá, pues lo que existen son dos pretensiones, una en el proceso penal y otra pretensión en el proceso civil, y ésta con la posibilidad de ser responsabilidad civil extracontractual (la presencia de una “*causalidad adecuada*”) o responsabilidad civil contractual (la presencia de una “*causa próxima o eficiente*”); pero ambos en el mismo procedimiento por mandato del legislador, pues en el mismo procedimiento penal, tenemos un juez penal, que desenvuelve doble competencia asignada,

¹⁶³ MONTERO AROCA, Juan. Reforzando su dicho con el de Gómez Orbaneja, dice: “*El fenómeno procesal que se produce en algunos ordenamientos, y especialmente en el español, se deriva de que en ellos se permite entablar conjuntamente la acción penal y la acción civil, y con ello se produce una **acumulación de objetos procesales**, esto es, **de procesos**, dentro de un único procedimiento partiendo de la conexión existente entre responsabilidad penal y responsabilidad civil. Hay que distinguir pues, dos objetos distintos, uno penal y otro civil, dada uno con sus principios y reglas propias, de modo que no puede decirse que el proceso penal tenga dos objetos distintos, **sino que existen dos procesos**, cada uno con su objeto proceso, que se acumulan*”. (sic). **Proceso Penal y Libertad**. Ensayo Polémico sobre el nuevo Proceso Penal”. Editorial Thomson. Civitas. 2008. p. 324/325.

¹⁶⁴ En el Acuerdo Plenario No 5 - 2008. Asunto Nuevos Alcances de la Conclusión Anticipada, en el fundamento 24 se dice: “*Como quiera que en el proceso penal nacional - más allá de los matices propios que contienen el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal - se produce **una acumulación heterogénea de acciones**: la penal y la civil, y esta última necesariamente deberá instarse y definirse en sede penal -*” (sic). Es un error incurrido por la Corte Suprema al considerar que hay una acumulación de acciones, pues ellas para ser tal deben ser de la misma naturaleza, y en el caso anotado una es de naturaleza penal y otra es de naturaleza civil.

¹⁶⁵ En el Acuerdo Plenario 4 - 2019. Asunto: Absolución, sobreseimiento y reparación civil, en el fundamento 26 se precisa mejor: “*La acción civil ex delicto en el proceso penal, ejercitada por el perjudicado por el delito o, en su defecto, por el Ministerio Público, **genera un proceso civil acumulado al proceso penal, una acumulación heterogénea de acciones** (penal y civil), bajo propios criterios de imputación jurídica*”. (sic). Sería más preciso hablar, de la acumulación de dos procesos y en ella se contiene la acumulación de una acción por cada proceso. Acá la Corte Suprema es un poco más preciso, pues dice que hay acumulación de procesos, pero si ello hay, cada una mantiene su autonomía procesal, por tanto, es errado sostener seguidamente que hay acumulación heterogénea de acciones, porque ambas están en procesos distintos, si bien en un solo procedimiento.

una penal, que al ser desestimada y tan pronto se extingue; se produce el “efecto consuntivo” solo del extremo penal, pero nace y fluye la competencia de ese mismo juez penal, pero para la pretensión civil, denominada competencia “*secundum eventum litis*” ésta vez para pronunciarse sobre el daño que emerge del hecho con apariencia punible, éste es el tipo de “**tutela excepcional**” precisiones que son necesarias realizarlas y no confundir las instituciones; que podrían generar tratos injustos a los sentenciados.

5.3 A LA JURISPRUDENCIA (Interpretación de datos observados)

5.3.1 Aplicación del artículo 12, 3° del NCPP al VCPP

Uno de los temas fundamentales que se tiene que abordar según mi postura, es si el imputado fue absuelto, bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales, se puede indemnizar a la víctima; al respecto tenemos el **Recurso de Nulidad No 2184-2017/Nacional** de la Sala Penal Permanente, que tuvo como ponente al Magistrado César San Martín Castro¹⁶⁶, leída el día 2 de mayo del año 2018; el caso se trató de un proceso, en el cual la Sala Penal Superior había fijado como reparación civil, la suma de S/.50,000.00 que abonaría el Estado como tercero civilmente responsable a favor de la agraviada por los hechos acontecidos el dos de mayo del año mil novecientos noventa y la violación sexual de Isabel Leocalla Alcahuamán, la referida sentencia en este extremo, absolvió a todos los acusados por falta de pruebas - no se pudo identificar a los autores del delito - aunque estimó acreditado la comisión del delito por parte de algún o algunos de los integrantes soldados denominado la Patrulla "Raya" e invocando autónomamente las reglas de imputación de la responsabilidad civil, estableció que, en todo caso, la indemnización debe abonarla el Estado¹⁶⁷; el ponente sostuvo que el problema a dilucidar no está en función a las reglas de imputación de la responsabilidad civil, propias del Derecho de Daños, sino en el ámbito del Derecho Procesal Penal, específicamente en el modo de

¹⁶⁶ Sala que integraron también los Magistrados Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Neyra Flores y Sequeiros Vargas.

¹⁶⁷ Fundamento Trigésimo Quinto de la Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

regular la acción civil por daños en el proceso penal. El criterio que dice la resolución, es de asumir, lo que hace el derecho nacional y el derecho comparado - es la suerte que debe correr la pretensión civil, en sede del proceso penal, está en función, a lo que establezca la ley procesal correspondiente-; y dice: *"Son dos los sistemas seguidos al respecto, (i) el de la accesoriedad en sentido estricto o (ii) el de la autonomía procesal de la acción civil respecto de la acción penal"* - continúa - *"El Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta asumió el sistema de la accesoriedad en sentido estricto, mientras que el Código Procesal Penal de dos mil cuatro sigue el sistema opuesto de la autonomía. La reparación civil, según el Código de Procedimientos Penales, solo puede imponerse si se dicta sentencia condenatoria contra el autor o partícipe en el delito que causó un daño resarcible. Como la causa se siguió bajo los lineamientos de la primera ley procesal penal, entonces, no es posible imponer una condena por daños civiles si antes no se condenó a los intervinientes en el delito del que procede. Por consiguiente, al no imponerse una pena por delito de violación sexual a los acusados, no es posible aplicar el pago de la reparación al emplazado como tercero civil responsable"*(sic)¹⁶⁸, y bajo tal postura, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró HABER NULIDAD de dicha sentencia, en el extremo que había fijado el pago de la reparación civil de cincuenta mil soles monto que abonaría el Estado a favor de la agraviada ya mencionada y reformándola, declararon SIN LUGAR el pago de la reparación civil por parte del Estado. El maestro San Martín, quien fue el ponente, cuándo enseña, que hay dos los sistemas seguidos a propósito de la indemnización: (i) el de la accesoriedad en sentido estricto y el (ii) el de la autonomía procesal de la acción civil respecto de la acción penal, no se equivoca. Pero tomando postura personal, creo no es exacto lo sostenido, por los siguientes argumentos que paso a exponer: **1) el primer argumento es**, pienso que hay una confusión al recepcionar nuestras fuentes normativas, pues el legislador español y la jurisprudencia, habían adoptado el sistema de responsabilidad civil denominado **"ex delicto"**, el mismo que quedaba completo, recién con la aplicación del segundo principio que alude a la **"competencia secundum**

¹⁶⁸ Fundamento Trigésimo Sexto de la Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

eventum”, es decir que resuelto el tema penal, debe resolverse el tema civil de los daños y perjuicios cuando corresponda, éste tipo de competencia respecto a la indemnización se hallan regulados en España en su Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, en el Artículo 116 sostiene expresamente: *“La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer”* la misma que tiene coherencia con el artículo 117 del mismo código, cuando en su segundo párrafo dice: *“La sentencia firme absolutoria dictada en el pleito promovido por el ejercicio de la acción civil, no será obstáculo para el ejercicio de la acción penal correspondiente.”*; entonces pienso que si en el Perú habíamos optado por la responsabilidad civil *“ex delicto”* y también por la *“competencia secundum eventum”*, por lo menos para perseguir en forma conjunta las responsabilidades civil y penal, y en el supuesto caso de haberse producido la extinción de la acción penal por cualquier causa en el proceso penal, o el dictado de una sentencia absolutoria, bajo una interpretación histórica, no tenían porque, quedar incontestada las pretensiones civiles que se alegaba por el Ministerio Público o el agraviado constituido en parte civil (hoy actor civil), **2) el otro argumento es**, si como se ha narrado en el recurso de nulidad, el hecho punible quedó demostrado que sí se había producido la violación como lo dijo la misma sentencia suprema, pues si se acredita el disvalor del resultado, es decir, hubo delito, pero no se indemnizó, porque no se llegó a individualizar al autor o autores de la violación, liberando al Estado de su responsabilidad accesoria por los funcionarios - militares que cometieron el delito - que tuvo a su cargo¹⁶⁹. Si como dice el profesor Hurtado Pozo¹⁷⁰ que el Código Penal peruano de 1863 siguió el modelo hispano y el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal peruano de 1863 imbuido de influencia española¹⁷¹, entonces, no sabemos porque no siguieron esa línea, pues no hay que olvidar que si en España, ya estaba vigente la Ley de

¹⁶⁹ Si bien es cierto que no se liberó en sentido estricto, se declaró la nulidad del juicio oral y que se encause nuevo plenario, para que se vea, en especial el tema del delito de lesa humanidad y violación,

¹⁷⁰ HURTADO POZO. Ob. cit. p. 103

¹⁷¹ TORRES, Manuel comentando al Código Penal de 1863 sobre la reparación civil dice: *“El Código Peruano, siguiendo el modelo español, regula en la Parte General, en la Sección Sexta, el modo de hacer efectiva la responsabilidad civil. Se puede consultar la web: rua.ua.es > [dspace](#) > [handle](#)*

Enjuiciamiento Criminal de 1882, y en efecto dicha norma en el Artículo 108 dice: **“La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular;...”**, 38 años después se dicta en Perú el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 de conocida influencia francesa, incorporó la acción civil por los daños causados por el delito, la cual se ejercita por los que han sufrido el daño acumulativamente con la acción penal, al igual que el sistema español, éste Código mencionado, por primera vez introduce la institución de la “acción ex delicto”, dicha propuesta, lo señala en forma muy simple el profesor César San Martín Castro, sin desarrollar que fuentes fueron de influencia francesa o española, pero lo que había comenzado al parecer exitosamente para la acción civil, en el artículo 198 señala: *“El escrito de acusación que formula el Fiscal debe contener forzosamente: (...) numeral 8. Si hay lugar á indemnización y á favor de quién debe ser, ó si estos puntos deben resolverse por la justicia civil”(sic)*; es decir, el sistema imperante de esa época, consideraba que la acción civil podría resolverse por la justicia civil y no necesariamente en la vía penal. Cuatro años después, del código adjetivo penal antes citado, se dictó el Código Penal Peruano de 1924, que en el artículo 65 precisaba: **“El Ministerio Público perseguirá conjuntamente con la represión, la efectividad de la reparación civil”**. Es evidente, que el legislador no adoptó por el *principio del “non liquet”* (en latín: no está claro,), en el sentido que el juez penal, ésta vez sí podía pronunciarse por la responsabilidad civil, pues el legislador, había concedido al juez penal competencia no solo para resolver la acción penal, sino que le había concedido competencia para que también vea la reparación civil del daño causado, por tanto se adoptó por el Principio denominado **“competencia secundum eventum”**, de modo tal que, el juzgador, frente a un hecho punible, tenía a su cargo dos competencias una competencia penal para imponer la pena que corresponda y una segunda competencia para imponer el pago de la reparación civil por el delito cometido, pero solo si existe responsabilidad penal; así la Corte Suprema dijo: *“Si se declara irresponsable de delito a un acusado, no procede la condena en concepto de indemnización civil”*. Las normas citadas anteriormente, no solo fueron precursoras en nuestro medio, sino también generaron que se creara una jurisprudencia

respetuosa de éstos criterios; la Corte Suprema en reiteradas oportunidades ha dicho al respecto: *“la demanda de fs. 3 contiene la acción de pago de frutos, enriquecimiento indebido, la indemnización de daños y perjuicios derivados de acto ilícito intencional atribuidos a los demandados; Que, tratándose de daños materiales y morales ocasionados por actos dolosos cuyo juzgamiento corresponde al Fuero Penal, sólo cabe perseguirse el pago de la reparación civil conjunta con la pena en el respectivo proceso penal”*¹⁷²; es decir, estaba reafirmando *“la acción ex delicto”* por el cual no es posible ir a sede civil a reclamar indemnización de hechos que constituyen delitos, sino que ambas responsabilidades son de competencia del juez penal en forma exclusiva; reafirmandose, la Corte Suprema con otros integrantes, dice: *“que la ley civil no permite el abuso del derecho por parte del denunciante en detrimento de los condóminos denunciados; que no existe probada materia penalmente justificable, en virtud de las consideraciones expuestas, sino hechos de naturaleza civil que aún se encuentran pendientes de ser dilucidados en la vía extrapenal, por lo que es del caso absolverlos”*¹⁷³, así los Jueces Supremos Civiles consideraron que los jueces penales eran los únicos competentes, si el hecho era uno delictivo o un hecho de responsabilidad civil extracontractual intencional – no negligente –, “La indemnización por acto ilícito previsto en el artículo 1136 (1969) del C.C. se refiere a la que deriva de un acto que, sin constituir un contrato o configurar un delito, genera la obligación de resarcir un daño causado involuntariamente. Es improcedente la demanda que persigue la indemnización del daño moral o material ocasionado por un acto voluntario o doloso cuyo juzgamiento corresponde al fuero penal, debiendo perseguir el pago de la reparación civil conjuntamente con la pena en el respectivo juicio penal”; de ello podemos colegir **bajo una interpretación histórica**, por éstos antecedentes, que la legislación y la jurisprudencia nacional, se desarrollaron acorde a la legislación y jurisprudencia de España que era su fuente legislativa directa, en éste tema denominado

¹⁷² Causa N°2244 – 81 procedente de Lima. Publicado en el diario Oficial El Peruano del día 8 de febrero del año 1982, p. 447. Sentencia que se haya rubricada por los Vocales Supremos Doig, Gálvez V., Vasallo Ch., Ugarte del Pino y Delgado V.

¹⁷³ Causa N°2244 – 81 procedente de Lima. Publicado en el diario Oficial El Peruano del día 25 de enero del año 1982, p. 416 y 417. Sentencia que se haya rubricada por los Vocales Supremos Barros C., Ganoza y G, Flores A., Bramont A. y Ugarte del Pino.

responsabilidad civil **“ex delicto”**. Sin embargo, éste segundo momento existiendo que la Corte Suprema indemnice, aún en el supuesto de tener una sentencia absolutoria en materia penal, pudo indemnizar el aspecto civil; y **3) el argumento final es**, estando claro las cosas, pensamos que la Corte Suprema, renunció a su facultad de fijar el pago de la reparación civil, bajo el sustento de que, ni el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, ni en el Código Penal del año 1924, ni en el Código de Procedimientos Penales de 1940 había una norma que lo habilitara, para resarcir o indemnizar los daños de naturaleza privada, cuando se había dictado una sentencia penal absolutoria y era evidente el daño que se había ocasionado – como en este caso por un funcionario público – por una intervención de riesgo previsible por parte del Estado – es decir, que su personal de tropa militar se excedan - en cuyo caso aquel estaba obligado a resarcir el daño y si no había norma, bien puso usar el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que a la letra dice: *“Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”*, si se había afectado la libertad sexual de una dama, y ella había sido perjudicada, había un daño en sede penal y como ese daño debe ser resarcido y no había normas aplicables al caso en concreto – conforme a los hechos que venimos narrando del recurso de nulidad arriba indicado – la petición de la agraviada no debió dejarse incontestada o menos postergarse; en cuyo caso, por el defecto normativo no puede dejarse de administrar justicia, en cuyo caso es de aplicación, en el peor de los casos, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil de 1984 que dice: *“Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”*, en este caso se dejó de administrar justicia, no se aplicó el Código Civil (donde había todo un sistema de responsabilidad civil extracontractual y sobre todo el sistema de responsabilidad aquiliana del artículo 1981 del Código Civil; pues el artículo 49 de la Ley 27785 modificado por la Ley 29622 sobre Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República señala que la responsabilidad administrativa del funcionario o servidor público es

independiente de la responsabilidad penal o civil que se produzca), bajo el facilismo normativo que “no existe norma” o que “solo se condena civilmente a quien fue condenado penalmente”. Personalmente estimo, que eso fue un gran error en el sistema procesal peruano que se mantuvo en forma oficial y todavía creo se mantiene conforme al Recurso de Nulidad comentado. Empero, la máxima judicatura reunidos en el Acuerdo Plenario No 6 – 2006 dijo: “sobre reparación civil y delitos de peligro reconocía que hay elementos diferenciadores de la sanción penal, existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil”; posteriormente el Acuerdo Plenario No 4 - 2019 de 10 de septiembre del año 2019, referido a la absolución, sobreseimiento y reparación civil, se sostiene que: “La obligación de reparar nace como consecuencia de la producción de un daño ilícito y atribuible al sujeto mediante el oportuno criterio de imputación. La acción penal y la acción civil derivadas del hecho delictivo tienen una indudable autonomía, sin que por tanto la respuesta penológica de la norma penal condicione ni afecte, en su caso, ni la existencia ni la cuantía de la correspondiente obligación indemnizatoria. Por consiguiente, la responsabilidad civil **ex delicto cualequiera que sea la vía procesal elegida** para su reclamación no exige para su efectividad que la prueba de la existencia del daño o del perjuicio causados, por los hechos perpetrados”¹⁷⁴; si bien dichas reglas los jueces supremos lo dictan para aclarar más la institución del artículo 12 ordinal 3ro del Código Procesal Penal, deslizan que su aplicación no solo se da a raíz de la dación de dicha norma, sino que señalan: “No es obstáculo a todos estos efectos que no existan reglas más precisas en el Código Procesal Penal. Este cuerpo de leyes unido al Código Penal, incorporó dos directivas legales fundamentales: (i) la autonomía de la acción civil frente a la penal; y, (ii) la necesidad de un pronunciamiento expreso sobre la materia (...) en función a los diferentes criterios de imputación del Derecho penal y del Derecho Civil - corresponda imponer una

¹⁷⁴ Fundamento 26, tercer párrafo del Acuerdo Plenario N°4 - 2019.

reparación civil"(sic)¹⁷⁵. Bajo éstos criterios de desarrollo jurisprudencial, considero personalmente que sí se podría imponer el pago de una reparación civil, así se haya absuelto a los acusados o se haya sobreseído la causa, aún en los casos nacidos bajo el imperio del Código de Procedimientos Penales, pues en dicho tema solo juegan el Código Penal y el Código Civil y sus criterios de imputación civil; caso contrario todos los agraviados que tengan acción civil vigente con el código abrogado no tendrían reparación alguna y volveríamos al sistema "*golondrino*" es decir, enviarlos a sede civil para que reinicien su proceso judicial. Lo que no sería adecuado a una "***tutela judicial excepcional***", eficaz y eficiente en favor de la víctima, por lo que debe adoptarse por una "***interpretación a favor de la víctima***".

5.3.2 Aplicación del artículo 12, 3° del NCPP al delito de robo

Si la anterior jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal cerró la aplicación del artículo ya mencionado, ahora la presencia de una eximente perfecta puede dejar incontestada la pretensión de resarcimiento del daño ocasionado y en consecuencia no se aplica la "***competencia secundum eventum***" por parte del juzgador; así tenemos, en el **R. N. N°1377-2014/Lima**, y que fue leída el 9 de Julio del año 2015, procedente de la Sala Penal Transitoria, recurso de nulidad formulado por Víctor Alberto Cotaquispe Valerio, actuó como ponente en la decisión, el juez supremo Salas Arenas, se tuvo lo siguiente: el ciudadano Víctor Cotaquispe Valerio fue condenado, como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en perjuicio de Edson Ñañez Pérez y se le impuso la pena privativa de libertad de doce años y no se mencionó para nada sobre la reparación civil solo se dijo "*con lo demás que contiene*" – en el recurso no figura el monto de la reparación civil; el ponente señaló que el órgano jurisdiccional inferior en grado, no había considerado que aquel el día de los hechos, el imputado se encontraba en estado de ebriedad absoluta, con grave alteración de la conciencia, que no le permitió conocer el carácter delictivo de su acto; por tanto, utilizando la causa eximente de responsabilidad contenida, en el artículo 20 ordinal 1° del Código

¹⁷⁵ Fundamento 30 del Acuerdo Plenario N°4 - 2019.

Penal, decidió eximirse de responsabilidad penal; en su argumentación, el ponente usó, el anexo "Tabla de Alcoholemia" que forma parte de la Ley No 27753 y tomando como referencia los períodos de embriaguez, y el certificado de dosaje etílico del imputado se obtuvo como resultado que tenía 1.58 g/l de alcohol por litro de sangre, y atendiendo a la eliminación del alcohol en la sangre, aplicando el método Widmark, aproximadamente a las mismas horas del atraco, el imputado tenía aproximadamente, 2.74 g/l de alcohol por litro de sangre, es decir, estaba en el cuarto período, que es compatible a grave alteración de la conciencia, por tanto no tenía la conciencia, ni el dominio de los propios impulsos y deviene en inimputable, está exento de responsabilidad, por lo que se declaró haber nulidad en la sentencia condenatoria emitida por la Tercera Sala Penal para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Sala Penal Suprema dispuso su absolución y su inmediata libertad¹⁷⁶. No vamos a cuestionar el razonamiento, ni la argumentación dada a propósito de la acción penal, que es impecable; pero no estoy conforme con el razonamiento, que no existe, sobre la acción civil, o la reparación civil al agraviado, quien sufrió la modalidad de asalto denominado "*cogoteo*", fue amenazado con un trozo o pico de botella y fue sacado por dos sujetos de una tienda, despojado de su celular marca Nokia, fue intimidado para que no denuncie el hecho, sobre los cuales no se fijó el pago de la reparación civil; al respecto, si seguimos otro caso, el Recurso de Nulidad No 2184-2017/Nacional de la Sala Penal Permanente, que tuvo como ponente al Magistrado César San Martín Castro (teniendo en cuenta el fundamento del punto 15.3.1 ab initio de la sentencia en casación), y si llegáramos a la conclusión que la institución del artículo 12 ordinal 3 del Código Procesal Penal no se aplica a los casos que nacieron con el Código de Procedimientos Penales, no habría forma, ni posibilidad de indemnizar a la víctima, que como en el presente caso existe el delito, ante la elocuencia de los hechos, de las pruebas, ¿es posible dejar sin resarcimiento a la víctima por el hecho que el imputado fue favorecido por la eximente perfecta contenida en el artículo 20 ordinal 1° del Código Penal ya relatado? si bien se anuló la acción penal por dicha fase negativa, ¿también debe quedar

¹⁷⁶ Vocales integrantes del Colegiado San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Pariona Pastrana, Salas Arenas (ponente) y Príncipe Trujillo.

incontestada la acción civil? ¿Eso se podría mantener todavía en otros casos similares? Tomando postura, considero que no. Porque, desde la doctrina del propio Código de Procedimientos Penales, el maestro Domingo García sostenía, *“La existencia del proceso penal es presupuesto necesario para ejercitar la acción civil. Cuando se desecha la acción penal (por absolución, prescripción o porque solo se dicta una medida de seguridad), la acción civil desaparece. La no imposición de una sanción penal trae consigo la desaparición de la acción civil derivada de delito”*. (el subrayado es mío). Esta aseveración del maestro, en verdad no es compatible con el Principio de responsabilidad civil **“ex delicto”**, que comenzó a regir en España, así la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882 en el Artículo 116 proclamaba que: *“La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer. En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido.”*; posteriormente, también el Código Penal español de 1995 que modificó al texto refundido del Código Penal de 1973 en el artículo 20 señala: *“Están exentos de responsabilidad penal” ordinal 2: “El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de alcohólicas (...) que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.”*, norma que a su vez tenía que concatenarse con el artículo 118 ordinal 1 del código antes señalado que precisa: *“La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1, 2, (...) del artículo 20, no comprende, la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las siguientes reglas.”* y el ordinal 2 del artículo antes citado señala: *“Son igualmente responsables **el ebrio** y el intoxicado en el supuesto del número 2”*. Siendo así, considero que en base al derecho comparado, nuestro Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 que fue introducido en el país, 40 años después del Código Español ya citado, no supo asimilar la institución o principio de responsabilidad civil **“ex delicto”**; tampoco lo asimiló en el Código de Procedimientos Penales de 1940, puesto que habiendo transcurrido casi 60 años, uno de sus más connotados

comentaristas el Doctor Domingo García Rada, seguía considerando que la presencia de una sentencia absolutoria o el auto que daba por finalizado la acción penal, generaba que la acción civil desaparece o que la no imposición de una sanción penal trae consigo la desaparición de la acción civil derivada del delito; esta voz autorizada, considero que decididamente tuvo que haber influido en la doctrina y la propia jurisprudencia¹⁷⁷. Así, estimo que la doctrina y jurisprudencia retornó nuevamente al principio del **“non liquet”**, es decir, que no se podían pronunciar por el pago de la reparación civil dictado que fuera una sentencia absolutoria o emitido una sentencia penal sin condena del acusado, pues pese a que las fuentes de nuestro derecho, el derecho español, estaba allí, solo para copiarlo o mejorarlo, el legislador patrio, ni la doctrina, ni la jurisprudencia optaron por una posición distinta que haga realidad un resarcimiento adecuado a la víctima de un hecho derivado del delito; por consiguiente el legislador peruano, por ausencia de una doctrina y jurisprudencia audaz jurídicamente hablando, líder en cambios y acorde al Derecho Comparado, hicieron que los jueces abandonaran su **“competencia secundum eventum litis”**; perjudicando a los afectados por las consecuencias derivadas de los delitos, muy a pesar que el código adjetivo español ya lo venía reconociendo desde el año 1882. En la jurisprudencia peruana, sin temor a equivocarme creo, se pretende modificar aquel yerro histórico – un *“mea culpa”* loable -, pues en el Acuerdo Plenario No 4 - 2019 (del 10 de septiembre del año 2019) se dice: *“No es obstáculo a todos estos efectos que no existan reglas más precisas en el Código Procesal Penal. Este cuerpo de leyes unido al Código Penal, incorporó dos directivas legales fundamentales: (i) la autonomía de la acción civil frente a la penal; y, (ii) la necesidad de un pronunciamiento expreso sobre la materia en función a los diferentes criterios de imputación del Derecho Penal y del Derecho Civil - corresponda imponer una reparación civil”*(sic)¹⁷⁸, con lo cual, queda perfectamente establecido, que la autonomía de la acción civil frente a la

¹⁷⁷ Hurtado Pozo al respecto dice: *“La recepción del código penal español de 1848-50 en nuestro país determinó que las concepciones y comentarios elaborados por los juristas hispanos en base a su ley penal, fueran seguidos, igualmente, por los juristas nacionales. Así se reeditaba el hecho de que cuando un código es adoptado en el extranjero, la doctrina del país natal tiende a acompañarlo”* (Schwarz 1938: II,598). La Ley Importad. Cedys, Lima 1979.

¹⁷⁸ Fundamento 30 del Acuerdo Plenario No 4 - 2019.

penal, no queda reconocida recién con la dación del Código Procesal Penal Peruano del año 2004, sino que tal autonomía ya estaba reconocida desde antes, desde el derecho nacional y el derecho comparado y por uno de sus más preclaros doctrinarios penalistas Domingo García Belaúnde desde 1980¹⁷⁹, si esto es cierto, no entendemos, porque la judicatura no llegó a un pronunciamiento expreso en pretensiones resarcitorias o civiles que se hacían desde muchos ángulos como el presente, lamentablemente las pretensiones de los agraviados quedaron incontestadas y sin tutela judicial eficaz como señala la Constitución, y esperaron recién, que rija plenamente el Código Procesal Penal, para pronunciarse por la acción civil, cuando bien se pudo hacer el cambio y giro en el ámbito del Código de Procedimientos Penales; pero al parecer el Principio del *“non liquet”*, sigue imperando y hemos creado una población de perjudicados, de descontentos o en todo caso remitiéndolos a la política del *“peregrinaje procesal”* es decir, enviándolos a sede civil para que reclamen sus derechos conculcados desde sede penal; sin embargo con el Acuerdo Plenario 4 - 2019 se abre la posibilidad de dictarse autos de sobreseimiento o de absolución de la acción penal, y se podría amparar la acción civil derivada del hecho punible, válidamente ejercita, cuando corresponda, como en el presente caso en concreto y bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales, postura personal que lo he venido exponiendo las veces que se ha podido, sin éxito alguno en la judicatura.

Otro caso similar, fue el Expediente N°02778-2010 que resolvió la Sala Penal Permanente de Huaura, proceso seguido contra Diego Armando Mata Suarez por la comisión del delito de hurto agravado en agravio de Alicia Viuda de Torres Toledo, resulta que el imputado, quién tenía la condición de reo contumaz, fue presentado al Poder Judicial para su juzgamiento, al mismo tiempo su defensa sostuvo que, atendiendo a que el caso aconteció, el día 12 de octubre del año 2010 y que aquel gozaba de imputabilidad restringida, el plazo de la pena se reduce a la mitad, es decir a 4 años y 6 meses, por lo que la acción penal ha prescrito el 12 de abril del año 2015, máxime que conforme

¹⁷⁹ GARCÍA RADA. ob. cit. el maestro dice: *“La acción civil es objeto accesorio de la penal. El delito es condición necesaria pero no suficiente, **puesto que puede desaparecer y sin embargo queda subsistente la acción civil**; la única diferencia es que ya no puede ejercitarse en la vía penal, sino en la civil.* p. 86.

a la Ley No 26641 al haber sido declarado reo contumaz, no se había suspendido el decurso del plazo de la prescripción de la acción penal, por lo que se solicitó se declarare prescrita la acción penal; siendo así, el Juzgado Unipersonal de Barranca declaró improcedente el pedido del acusado de prescripción de la acción penal; apelado que fue la misma, la Sala Penal Superior¹⁸⁰ el 3 de noviembre del año 2015, revocó la resolución de primera instancia y reformándola, declaró extinguida la acción penal pública por prescripción, en consecuencia, sobreseída la causa seguida contra el acusado por el delito de hurto agravado; dejó sin efecto la orden de captura, anulo todos los antecedentes y no consignó absolutamente nada sobre la reparación civil; hubo un pronunciamiento sobre la acción penal, en tal sentido se dejó sin tutela judicial efectiva a dicha sujeto procesal. Consideramos en efecto, que el hecho de sobreseer la causa por el delito, solo alcanza a la acción penal, y no a la acción civil, en este caso, quedó incontestado la reparación civil, causando un grave perjuicio al agraviado.

Otro caso, fue el Expediente N°02068-2012 tramitado ante el Primer Juzgado Penal Unipersonal Transitorio de Huaura, la imputación consistió, en que el día 10 de noviembre del año 2011 a las 12.30 horas de día, el acusado Luís Rubén Osorio Rosales trabajador de la funeraria, se disputaba un cliente con el agraviado Ricardo Abrigo Palacios, ambos discutían y el acusado agredió primero al agraviado, causándole lesiones en el ojo derecho, conjuntiva enrojecida a predominio nasal y en pómulo derecho, herida contusa de bordes irregulares, equimóticos morados, de 4 centímetros aproximadamente que ocasionó sangrado y tumefacción alrededor de la herida, pasados 90 días del agraviado fue sometido a otro reconocimiento médico legal, el cual determinó lesiones con desfiguración de rostro, subsumiendo los hechos en el artículo 121 numeral 2 del Código Penal como delito de lesiones graves y como reparación civil se solicitó la suma de S/.5,000 a favor de los herederos legales del agraviado, quien ya había fallecido, pero por otros hechos; el Juzgado ya referido, emitió la resolución N°17 de fecha 17 de septiembre del año 2015, por el cual falló, condenando a Luis Rubén Osorio Rosales, como autor del delito contra la salud en la modalidad de lesiones graves, imponiéndole 4 años

¹⁸⁰ Reyes Alvarado (presidente y Ponente), Gómez Arguedas y Timana Girio.

de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de 02 años, bajo reglas de conducta y fijo el pago de la reparación civil de S/.2,000.00 a favor de los herederos legales del agraviado que había inclusive fallecido Ricardo Raúl Abrigo Palacios; apelada que fue, la misma fue elevada a la Sala Penal Superior de Huaura¹⁸¹, por mayoría y pese a que no hubo actividad probatoria en segunda instancia, y atendiendo a la imputación el golpe de puñada propinada por el acusado al rostro del agraviado se dio, produciéndose el corte del pómulo y que le desfiguró el rostro, pero ello no fue a consecuencia del contacto de los nudillos de los dedos del puño en el rostro, sino que fue por el contacto del reloj de metal que portaba el agresor, siendo así, la Sala Penal Superior se preguntó: ¿tenía éste la intención de cortar el rostro del agraviado?, sin prueba alguna, más que el aspecto subjetivo el Colegiado en mayoría, señaló que en el caso no cabe el dolo eventual, sin embargo el agresor si propinó un golpe, pero con el ánimo de causarle un daño corporal al agraviado, no se descarta el dolo, pero solo para lesiones en general, y si descartan - dicen - la desfiguración del rostro, se tiene que asumir que se está ante el supuesto del artículo 123 del Código Penal y como el certificado solo arrojó 3 días de atención facultativa por 8 días de incapacidad médico legal, se puede inferir que las lesiones, en tanto, no superaron los 10 días, constituiría una falta y por la fecha en que ocurrieron los hechos (10 de noviembre del año 2011) ya ha prescrito, pues las faltas prescriben al año y 6 meses no siendo necesario remitir los actuados al Juzgado de Paz Letrado y por economía procesal, es evidente que ha prescrito; por ello proceden a revocar la sentencia condenatoria y declara extinguida la acción penal por prescripción, pero se confirma el extremo que fijó el pago de dos mil soles, por concepto de reparación civil a favor de los sucesores del agraviado; el voto en discordia, de la Magistrada Mercedes Caballero García, me pareció más adecuado en cuanto al aspecto procesal, pues sin tener prueba alguna que sustente la elucubración mental de los magistrados en mayoría, sostuvo que, si no hubo actividad probatoria, no se puede dar otro valor a la prueba personal que fue objeto de intermediación, en tal sentido hay lesiones que desfiguraron el rostro y debe confirmarse la sentencia; pero no asume el tema

¹⁸¹ Reyes Alvarado (presidente), Timana Girio (ponente) y Caballero García (Voto en discordia).

de la prescripción. Considero, que lo correcto de la resolución en mayoría, es el hecho de distinguir adecuadamente, ésta vez, la acción penal de la acción civil, se prescribe aquella, pero se sigue manteniendo la acción civil y por tanto la reparación civil; y éste tipo de interpretación ya era un avance en un sistema de responsabilidad civil "*ex damno*", en el cual si bien se absolvió al acusado, fue condenado éste mismo procesado al pago de la reparación civil, porque bajo las reglas del artículo 1969 del Código Civil, había un daño causado, en éste caso sí se concede adecuada tutela judicial a la víctima, aun cuando el importe fue muy exiguo para un daño manifiesto causado a aquella persona.

Otro caso de robo agravado fue, el que conoció la Sala Penal del Cusco, conoció la apelación de la sentencia conformada, de fecha 26 de diciembre del año 2017, contenida en la resolución número 4 por el cual se había condenado a Jorge Gabriel Anaya Campo a la pena privativa de libertad de seis años y diez meses, por el delito de robo agravado, tipo base en el artículo 188 concordante con los incisos 2, 4 y 7 del primer párrafo del Código Penal, delito consumado en agravio de los menores de iniciales CIBB y JABA, y fijó el pago en la suma de mil soles, pagadero en la suma de quinientos soles para cada uno de los agraviados; apelado que fue la sentencia, los autos fueron enviados a la Primera Sala Penal Superior¹⁸², que determinó revocar la sentencia condenatoria y procedió a dictar sentencia absolutoria, pero mantuvo la reparación civil en la suma de mil soles fijado por el juez "*ad quo*"; la imputación fue contra el imputado Jorge Gabriel Anaya Campos quien fue acusado por el delito de robo con las causales arriba indicados, y que los había cometido en coautoría con otros siete u ocho jóvenes, en agravio de dos menores de iniciales CIBB y JABA, siendo que de los hechos en concreto, se tiene que, los menores habían ido a una fiesta en el local Casa Blanca y cuando el menor CIBB pretendía guardar su celular momentos en que el imputado le quitó el celular y lo arrojó al piso, al mismo tiempo que los otros sujetos trataron de cogotear al otro menor de iniciales JABA, momentos en que le quitan el celular y se dan a la fuga, siendo seguidos por los menores agraviados y que se perdieron por el Parque Marianito Ferro, pidiendo ayuda, el menor Maxwel Farfán Cabezas reconoció al imputado Jorge Gabriel; como

¹⁸² Balladares Aparicio (presidente de la Sala), Barra Pineda (Ponente) y Ochoa Muñoz.

quiera que éste se sometió a la sentencia conformada, aceptó los hechos, tal como fueron narrados por el Ministerio Público es que se dictó la sentencia con arreglo a la pena y reparación civil ya mencionada, el criterio del Colegiado para absolver fue que de la conformidad prestada por el procesado y atendiendo al Acuerdo Plenario N°5 – 2008, fundamentos 5, 7 y 8 señalo que de la descripción de la imputación el Tribunal se encuentra vinculado a los hechos descritos y también tiene poderes “*in bonan*” parte respecto a la configuración jurídica dentro de los límites al Principio Acusatorio y con respeto al principio de contradicción, en tal sentido está autorizado a dictar la sentencia, atendiendo inclusive a la confesión prestada por el imputado respecto a los hechos y que fueron aceptados; bajo éste fundamento jurídico, existe un margen de valoración que se ejerce soberanamente por el juzgador, respetando la descripción de los hechos y el título de imputación de coautoría en robo agravado; por tanto si el celular fue lanzado al suelo por el procesado, quiere decir que no hubo robo, pues el resto de conformantes del grupo de siete u ocho jóvenes, atacó al otro adolescente; entonces, en el primer ataque está probado que el adolescente de iniciales CIBB perdió su celular en función a que al ser tirado al suelo se rompió y en cuanto al otro adolescente JABA sí fue sustraído su celular, pero por el otro grupo; en tal sentido, la Sala Superior de Cusco sostuvo que el artículo 12 inciso 3° del Código Procesal Penal permite absolver de la acusación, pero los responsables en este caso el procesado, como había pagado mil soles, dicha suma debería pagar por el daño ocasionado al primer agraviado, pues el celular quedó destrozado y en cuanto al segundo agraviado su celular si se perdió por acción de un tercero del grupo de adolescentes. Los hechos, así fueron descritos, evidentemente, no hay robo agravado por el procesado, pero sí existen daños en el celular, en todo caso la Sala Superior bien pudo desvincularse y dictar sentencia condenatoria por el delito de daños y segundo si la Sala Superior asume que respecto al segundo agraviado, el procesado no participó, como es que termina indemnizando con su dinero (quinientos soles) a favor del segundo agraviado, a quien aquel no ha atacado de ninguna forma, más aún si el mismo Colegiado asume que no hay coautoría, ni división de roles? Parece que más primó el criterio subjetivo del daño en la sentencia “*decisionista*”, hay daño derivado del hecho punible que fue imputado a título de robo agravado

y terminó como daños, y en consecuencia responde con la reparación civil. Una postura facilista, pero no técnica jurídica desde el punto de vista de la dogmática penal, ni procesal, pues el hecho histórico es que había delito de daños, no de robo agravado.

Sobre la prescripción y la reparación, la Corte Suprema ya se ha pronunciado, en efecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema¹⁸³, en el recurso de **Casación No 1331-2017** leída el día 18 de julio del año 2018, se trató de un caso en el que, el día 15 de julio del año 2010, en horas de la noche, en la provincia de Paucartambo, departamento del Cusco, el imputado Barrionuevo Inca Roca y la agraviada Onofre Días se constituyeron a las festividades por la Virgen del Carmen, luego de haber libado licor, se retiraron y conduciendo su vehículo, al perder el control del vehículo manejado por Barrionuevo Inca, ocasionó un choque, despiste y volcadura, con la consiguiente muerte de la agraviada Onofre Díaz, en primera instancia fue condenado el imputado, al ser apelado la Sala Penal Superior confirmó en un extremo y revocó en otro extremo la sentencia declarando autor del delito de homicidio culposo, a la pena de 4 años de privativa de libertad suspendida por el período de prueba de 3 años y el pago de S/.100,000.00 en concepto de reparación civil; sentencia que fue recurrida en recurso de casación, expresándose los motivos de ausencia de motivación, de la omisión en la valoración de dos dosajes etílicos y que se aplicó incorrectamente el artículo 111 tercer párrafo del Código Penal; analizando la prueba documental de los dosajes etílicos, consta que el imputado Barrionuevo Inca, cuando se produjo el accidente y la muerte de la agraviada, no estaba embriagado (Considerando Cuarto) y que al maniobrar el vehículo no pudo controlarlo al estar ante una curva cerrada a una velocidad no apropiada, lo que ocasionó la volcadura y la muerte de la agraviada por imprevisión culpable, la condena a título de imprudencia está arreglado a derecho; y por tanto, el homicidio culposo queda subsumido en el primer párrafo del artículo 111 del Código Penal, cuya pena es no mayor de 2 años; habiendo transcurrido 3 años, no cabe sino que declarar prescrito la acción penal; empero citando el artículo 100 del Código Penal, el ponente San Martín Castro sostuvo que la acción civil deriva del hecho punible no se

¹⁸³ San Martín Castro (presidente y Ponente), Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas y Chávez Mella.

extingue mientras subsista la acción penal, es un supuesto de interrupción de la prescripción extintiva de la acción civil (citó además la Sentencia Casatoria Civil N°1822-2013, la Libertad del 11 de Julio del año 2014, noveno fundamento jurídico) y por consiguiente no habiendo transcurrido los 2 años al que alude el artículo 2001, inciso 4° del Código Civil declaró prescrita la acción penal y no casó la sentencia de vista en el extremo que confirmando la sentencia de primera instancia fijó en cien mil soles el monto por concepto de reparación civil. Considero correcta, pedagógicamente hablando, la decisión del Colegiado Supremo, no basta pues el transcurso del tiempo para declarar prescrita la acción penal, sino que tiene que sumarse el decurso prescriptorio de la acción civil, si sumamos ambos, recién opera la prescripción de la acción penal, compromete a la acción civil y es posible que no haya pago alguno, si se consuman los dos plazos. En el presente, se concede adecuada tutela, a favor de los herederos de la víctima; pues la acción penal puede extinguirse por la prescripción, no así la acción civil que resulta de la segunda competencia señalada al juez y que no fue apreciado por las dos instancias inferiores; en nuestro medio, las sentencias, cuando declaran la prescripción de la acción penal en muy poquísimas ocasiones se pronuncian sobre la acción civil, denegando tutela judicial a las víctimas.

5.3.3 Aplicación del artículo 12, 3° del NCPP al delito de Abuso de Autoridad y delito de lavado de activos.

La Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa conoció el Expediente No 1206-2009, que comprendió como inculpada a Antonia Paricahua Mayta, encausada por el delito de Abuso de Autoridad, en agravio de Jesús Sermeño Tejeda, siendo así, el día 29 de diciembre del año 2010 emitió sentencia de los cargos formulados por el Ministerio Público, quien sustentó la imputación en lo previsto por el artículo 376 primer párrafo del Código Penal, de los hechos, se tuvo que la imputada, en su condición de Juez de Paz fue solicitada por doña Jesús Espinoza Yucra para constituirse a un inmueble de la campiña y realizar una "*vista de ojos*" diligencia que sí se realizó dado a que la autoridad e imputada se constituyó al lugar, pero,

también procedió a disponer el descerraje de las puertas del inmueble, habida cuenta, que se encontraba acompañado de un efectivo policial y hasta dio la posesión del bien a la solicitante, quien inclusive se quedó con los bienes del agraviado; ésta conducta fue calificada por el Ministerio Público como abuso de autoridad y con las pruebas correspondientes formuló su acusación, el proceso se siguió, como proceso especial contra funcionarios, de conformidad con el artículo 454 del código adjetivo penal nuevo; la Sala Penal Superior de Arequipa sostuvo, que las funciones de los jueces de paz se encuentran previstos en el Reglamento de Jueces de Paz (1984) y disposiciones que datan del siglo XIX, sin dejar de lado disposiciones en materia civil, penal y de familia, no obstante ello, la Sala consideró que se había actuado conforme su realidad, con su calidad intelectual de estudios primarios, que no permiten medir la conducta funcional de los jueces de paz, de una única manera o forma, con éstos y similares argumentos la Sala terminó señalando que no aprecian un accionar doloso de la Juez de Paz, sino que actuó con culpa o falta de diligencia en su comportamiento funcional, e intentó componer una situación específica de abandono del inmueble (que había hecho el agraviado) y que la realidad o posiblemente la intención de la peticionante, rebasó el cumplimiento y objeto de la diligencia ordenada; siendo así, por concepto de responsabilidad civil, la Sala señaló que el agraviado tuvo efectos negativos en la permanencia en la ciudad, y en especial en la ocupación de su inmueble, cuando retornaba de Caravelí, obligándosele a utilizar los servicios de alojamiento privado (hostal u hotel) y que conforme al artículo 101 del Código Penal, la reparación se regula conforme a las normas del Código Civil, y citando el artículo 12, 3 del código adjetivo penal nuevo, hay un daño de orden civil que ha de indemnizarse, no habiéndose acreditado la inexistencia de culpa, ni las fracturas causales debe fijarse el monto del daño al no existir prueba y atendiendo a la propuesta del Ministerio Público que había requerido mil soles, fijó la suma de quinientos soles y respecto a la titularidad del bien inmueble ocupado por Jesús Espinoza Yucra, deja a salvo el derecho del agraviado de iniciar las acciones legales que correspondan, así lo dispusieron

los señores Jueces Superiores¹⁸⁴. Disentimos de la forma como se ha resuelto el caso, si somos coherentes conforme a lo que venimos sosteniendo, que la acción penal y la acción civil, nacen de un solo hecho histórico, entonces, tenemos que discriminar una de otra, siendo así, la primera competencia de la Sala sería la acción penal, entonces, si la Jueza imputada tenía una formación deficiente y pensó que estaba actuando bien con arreglo a sus atribuciones, no es que cometió una conducta culposa, considero que ella actuó bajo error de prohibición, en el peor de los casos, pues consideró, que su autoridad era suficientemente competente para realizar, no solo la "vista de ojos", sino también el descerraje, realizar el lanzamiento y dar posesión a la solicitante de la diligencia, ella pensó que esas eran sus competencias¹⁸⁵; por tanto, más técnico era sostener que la acusada había actuado bajo error de prohibición invencible y por tanto exenta de pena con arreglo a lo previsto por el artículo 14 segundo párrafo ab initio del Código Penal. Pero, entonces contestando adecuadamente sobre la reparación civil y logrando una cabal subsunción de ella a la norma, con arreglo al artículo 93 ordinal 1° del código acotado, las consecuencias derivadas del hecho punible, es que el agraviado había perdido la posesión por la conducta de la jueza de paz y de la denunciante, era adecuado la restitución del bien inmueble – que conforma la reparación civil con arreglo a lo dispuesto por el artículo 93 ordinal 1° del código sustantivo penal-, pero fijar el pago de quinientos soles a favor del agraviado por haber pernoctado en un hotel de Arequipa, pienso que no es una "causa adecuada" que deriva directamente del presunto hecho histórico con apariencia punible; así como éste caso los jueces quieren ser justicialistas y con criterios subjetivos fijan reparaciones civiles, que no corresponden a la segunda competencia del juez y respecto a hechos que no tienen conexión con el hecho histórico. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la **Casación N.º 595-2019/Lima**, leída el día 7 de junio de 2021 que tuvo como ponente al juez supremo Cesar San Martin Castro Título, señaló que: "A los

¹⁸⁴ Jueces Fernández Ceballos, Huanca Apaza y Ochoa Cahuana. TABOADA PILCO, Giampol. Texto Buenas Prácticas de la Jurisprudencia Penal. Aplicables al Código Procesal Penal Peruano del 2004. Tomo I. Editorial Grijley. p. 92/102.

¹⁸⁵ ROXIN, Claus señala: "Si en tal caso el sujeto no valora su conducta como **reprobable**, sino como adecuada, no se trata de un error excluyente del dolo sobre un elemento normativo (**reprobable**), sino de un error de prohibición. Pues el juicio sobre la probabilidad es idéntico al juicio legal sobre la antijuricidad del hecho global". Derecho Penal, Parte General, Tom I. Editorial Civitas p. 463.

efectos de la responsabilidad civil o del proceso civil acumulado, se tiene como criterio rector en el Código Procesal Penal (artículo 12, numeral 3, del Código Procesal Penal). Ello es así por los diferentes criterios de imputación del hecho punible y del hecho ilícito que ocasiona un daño a un tercero. Y, cuando la ley sanciona que la declaración de responsabilidad civil se determinará “cuando proceda”, será de rigor, con independencia del pronunciamiento sobre el objeto penal, establecer, desde el material probatorio, si se presentan los elementos que constituyen la responsabilidad civil.

2. La doctrina y la jurisprudencia civil nacional (en este último caso, por todas: Sentencia Casatoria Civil 4771- 2011/El Santa) –en materia de responsabilidad civil extracontractual– han fijado cuatro requisitos constitutivos: 1) La antijuridicidad o ilicitud de la conducta. 2) El daño causado. **3) La relación de causalidad.** 4) Los factores de atribución (culpa y riesgo creado en la responsabilidad civil extracontractual: artículos 1969 y 1970 del Código Civil).

3. Las conductas efectivamente realizadas por Bossard Castillo y Giribaldi Bertrán no son antijurídicas. No infringieron una norma jurídica –aquella que impone respetar los intereses tutelados en la vida de relación–. No consta que los imputados dolosa o negligentemente causaron un daño injusto como consecuencia de una conducta infractora de las reglas jurídicas que fijaban la contratación pública poniéndose de acuerdo, desde intereses contrapuestos a los de la Administración, para afectar el patrimonio público. Es patente que se descartó un interés de parte, contrario a los del Estado (Banco de Materiales), a consecuencia de lo cual, incluso, se lesionó o dañó el patrimonio institucional, de un organismo del Estado”; en consecuencia la Corte Suprema confirmó la Sentencia absolutoria penal y civil que dictó la Tercera Sala Penal que dijo: “Con relación al imputado Brossard Castillo, estimó que no puede atribírsele, en su condición de funcionario público del Banco de Materiales, que asumió un interés de parte a favor de la empresa Importaciones Magna SAC, yuxtapuesto al interés del Estado o en desmedro de éste, lo que en concreto originaría el merecimiento de reproche penal por el delito de negociación incompatible; que, asimismo, en todo caso, la forma en que se cumple un contrato celebrado de forma lícita, así como su incumplimiento y demás particularidades propias de una relación contractual resultan de competencia jurisdiccional extra penal, que se catalogan como conductas

*infractoras las irregularidades descritas en el Informe Especial que originó la presente causa.”; justamente cuando hay una segunda competencia del proceso penal que tiene que ver con la reparación del daño, ya no juega el proceso penal, sino si desde la óptica del derecho de daños, debe o no indemnizarse, nada tiene que ver si es un caso “**extra penal**” justamente el juez o sala en éste caso eran competentes al respecto; empero la Sala Suprema avala dicho criterio de la sala, pero que agrega mayor motivación, y dice sobre el funcionario público Bossard Castillo cuyo accionar no fue antijurídicas, porque “No infringieron una norma jurídica –aquella que impone respetar los intereses tutelados en la vida de relación–. No consta que los imputados dolosa o negligentemente causaron un daño injusto como consecuencia de una conducta infractora de las reglas jurídicas que fijaban la contratación pública poniéndose de acuerdo, desde intereses contrapuestos a los de la Administración, para afectar el patrimonio público”; sigue pensando a la Corte Suprema que si el funcionario infringió sus deberes como tal, si infringió responde, si no infringió no responde; busca una fractura causal del sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual (dolo o culpa) para decir que no se afectó las reglas de contratación pública sea dolosa o culposamente, cuando la fractura causal para este caso sería “*el ejercicio regular de un derecho*” podría leerse también el “*el ejercicio regular de una función pública*” si el ejercicio fue regular no hay responsabilidad, si el ejercicio del funcionario fue irregular como consecuencia de un accionar doloso o culposo es responsable; por tanto todavía hay ciertas imprecisiones. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la **Casación N.º147-2020/Tacna**, leída el 30 de julio del año 2021, teniendo como ponente a la jueza suprema Carbajal Chávez y que se pronunció en un caso sobre la “*responsabilidad civil ex damno*”, la Corte Suprema dijo: “*i. De conformidad con el inciso 3 del artículo 12 del Código Procesal Penal, cuando se absuelva al acusado, el órgano jurisdiccional no necesariamente debe renunciar a la reparación del daño que se produjo como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho —siempre ilícito— no pueda ser calificado como infracción penal. ii. En el caso sub judice, el procesado fue absuelto de la acusación fiscal por el delito de lavado de activos; no obstante, su conducta (hecho) generó un daño ilícito, pues transportaba dinero oculto**

en diversas partes del cuerpo por la suma de USD 30,741.74 (treinta mil setecientos cuarenta y un dólares con setenta y cuatro centavos), dinero que no fue declarado ante las autoridades de Administración de Aduanas, conforme lo estipula la cuarta disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo número 1106. Por ende, se habría generado un daño al Estado, el cual eventualmente debe ser reparado”. Entonces, tomando postura por la “causalidad” declaró nulo sobre el extremo del no pago de la reparación civil y otro tribunal sentencie, la Procuraduría había solicitado el pago de daño moral, también que los daños están referidos a: labores de inteligencia financiera que dispendio esfuerzos humanos y logísticos, labores desplegadas por la Procuraduría, la Fiscalía, la Policía Nacional, Agentes de Aduanas, Programa de Bienes Incautados y el probable riesgo de sufrir un robo afectándose a terceros, esto será debatible como “causalidad adecuada” o se está introduciendo indebidamente la “prohibición de regreso” indefinido?.

5.3.4 Aplicación del artículo 12, 3° del NCPP al delito de Homicidio Culposo

La Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, tuvo conocimiento del Expediente No 1008-2008 seguida contra el imputado Carlos Poma Elías, por el delito de homicidio culposo, en agravio de Clotilde de Mariana Luna Ramírez, en fecha del día 5 de agosto del año 2010, luego de haber recibido el apelación la sentencia por el cual se condenó al procesado a la pena privativa de libertad de 2 años, con el carácter de suspendida por el período de un año, bajo reglas de conducta y al pago de S/.50,000.00 de manera solidaria con el tercero civil responsable: ESSAUD; la Sala Superior, se avoco de conocimiento y revocó la condena, reformándola absolvió de los cargos al imputado ya referido, pero confirmó el pago de la reparación civil, solo con cargo exclusivo para ESSALUD y que el pago se iba a realizar a favor de los herederos legales de la víctima, todo bajo el sustento del artículo 12 inciso 3ro del Código Penal dispuesto por los Jueces Superiores de Huaura¹⁸⁶. La imputación penal fue, que se atribuye al imputado, en su condición de

¹⁸⁶ Vásquez Silva, Caballero García y López Vásquez.

médico pediatra, haber causado la muerte a la menor agraviada (5 años), quien, en fecha del día 26 de Junio del año 2007, había ingresado al hospital de ESSALUD bajo un cuadro de fiebre y arrojando bilis, siendo atendido por el acusado, quien le medicó metamizol luego diazepam, hasta en tres oportunidades, entrando la menor en coma de inconsciencia, siendo diagnosticada con coma irreversible por el médico Sandoval Pinedo, a pesar que la menor fue trasladada al Hospital Edgardo Rebagliati de la ciudad de Lima, falleció días posteriores en dicho nosocomio la conducta que se atribuye al acusado, es no haber efectuado un adecuado diagnóstico y no haber tenido los antecedentes, ya que el mismo médico la había examinado el quince y dieciséis de junio del mismo año; por lo que no se ha atendido a la paciente de manera diligente y oportuna, cometiéndose homicidio culposo por parte del galeno y del tercero civilmente responsable ESSALUD ya que éstos debieron observar un mayor cuidado y no tomaron las medidas del caso, para salvaguardar las vidas de los pacientes que acuden a sus instalaciones; la Sala Penal Superior luego de haber permitido la actividad probatoria en actuación de pruebas orales (testigos y peritos) así como la oralización de pruebas documentales, llegó a la conclusión que el médico acusado coordinó con el médico neurólogo (Sandoval Pinedo), toda vez que éste aparentemente no habría llegado a su debido momento a la hora en que debía hacer su ingreso a su servicio regular; también consideró que no se puede establecer el nexo causal de la muerte de la agraviada, no se conoce la causa de la muerte por insuficiencia de medios probatorios, asimismo en la revisión de los restos de la masa craneana y establecer si hubo mala praxis o una mala prescripción de fármacos, en el cual debieron actuar los dos médicos, el pediatra y el neurólogo y que según los peritos señalaron que la dosis suministrada a la menor son las adecuadas; de otro lado no había el instrumental mínimo para atender a la menor, había tal carencia en el Hospital lo que no se pudo controlar el paro cardio respiratorio y finalmente, que en el Hospital de Lima, no hayan podido realizar la necropsia de ley, a efectos de conocer la causa de la muerte de la menor; que si bien es cierto, que al no haberse acreditado la muerte de la menor, no se le puede condenar a un justiciable por insuficiencia probatoria, pero, sin embargo, quedo evidenciado una serie de errores que habría incurrido el tercero civilmente responsable

como la falta de fármacos e instrumental médico de atención de urgencia a favor de la menor, pues el Hospital de Huacho tiene nomenclatura 2, pero funciona como nomenclatura 1 tendiendo esas deficiencias, lo que generó un diagnóstico oportuno, por lo que la responsabilidad civil alcanza solo al tercero civilmente responsable (fundamento décimo sexto de la sentencia), en la suma ya indicada. Hablando estrictamente, sobre la aplicación de una responsabilidad civil derivada del delito o "**civile debetum orfensae**", no precisamente de la responsabilidad civil "*ex delicto*", es posible interpretar que el artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal alberga éste supuesto de insuficiencia probatoria determinado por la Sala Penal Superior al no encontrar pruebas para establecer la causa de la muerte y consiguientemente absolver al acusado principal (médico pediatra), ¿pero por el resultado condenar civilmente al tercero civilmente responsable? Es posible la condena al tercero civil, quien en efecto había incrementado el riesgo al no proveer a los médicos y pacientes las condiciones mínimas de su atención y ello es perfectamente posible en aplicación sistemática de comparación de normas contenidas del artículo 111 del Código Penal, con los artículos 1970 y el artículo 1972 del Código Civil, éste último (fractura causal) para liberar al autor directo del daño (médico pediatra), habida cuenta que se determinó en el proceso, de las carencias de fármacos y material médico, en una "*actividad riesgosa*" desencadenando finalmente, la muerte de la menor agraviada, por lo que estamos ante un hecho determinante de tercero (ESSALUD - Estado); debe señalarse que, en la sentencia hay una motivación insuficiente desde el punto civil sobre la responsabilidad civil para abordar éstos temas, pues no hubo un desarrollo en cuanto a que la muerte corresponde a un solo hecho histórico, pero no nos explicita el porqué del galeno fue declarado absuelto, solo acude al tema de insuficiencia probatoria.

Otro caso similar, fue el Expediente N°1711-2010 procedente de Barranca, del distrito judicial de Huaura, en el cual, se siguió proceso penal contra el imputado José Álamo Palacios y Ursulinda Talledo Espinoza, encausados por el delito de homicidio culposo y lesiones culposas, la imputación radica que el día 8 de diciembre del año 2009 a las 3 de la tarde aproximadamente, Susana Silvia Maguiña asistió al Hospital de Barranca acompañado de su conviviente pues tenía 42 meses de embarazo, quedando internada en la Sala de

Dilatación, encontrándose como médico de turno del procesado Álamo Palacios, quien dispuso se aplique gravol a la agraviada quien sentía dolores del parto, al mismo tiempo que la procesada Talledo Espinoza le introducía los dedos, produciéndose el nacimiento el día 9 de diciembre a horas 00.46 minutos de la madrugada, fue parto natural, pero con maniobras de Kristeller, que generaron un parto prolongado, que afectó a la prole y falleció a los 17 días en la unidad de cuidados intensivos, pues había absorbido líquido amniótico verde espeso, generando su asfixia; acusándose al procesado que debió autorizar la cesárea, conforme a la guía práctica de atención de emergencia obstétrica y habiendo aplicado la técnica del Kristeller, por su parte la procesada fue inculpada que no monitorio adecuadamente la evolución de la dilatación; motivo por el cual se les encausó a ambos profesionales de la salud, por el delito de homicidio culposo o lesiones culposas graves previstos en el artículo 111 segundo párrafo y 124 tercer párrafo del Código Penal, en agravio de Milagros Ascencios Silva, se comprendió como tercero civilmente responsable al Gobierno Regional de Lima y luego del proceso se emitió sentencia absolutoria para ambos procesados, pero se condenó a los mismos al pago de la reparación civil por la suma de S/.50,000.00 (que incluía todos los daños a la persona y daño moral) a favor de la agraviada, monto que sería asumido solidariamente con el Gobierno ya mencionado; el razonamiento del Juez Unipersonal¹⁸⁷ fue que, el protocolo de necropsia no determinó la causa de la muerte, solo se aprecia que el púrpulo sufrió de edema cerebral y congestión multi visceral y que no se podía determinar las causas de ambos factores que determinaron la muerte de aquel; y llegó a la conclusión (fundamento 6° de la sentencia), aplicando el artículo 12. 3° del CPP de que; *"... se ha determinado que fueron un conjunto de causas concurrentes las que finalmente llevaron a la muerte de la menor Milagros Azumi Ascencios Silva, Fueron todos producto de errores humanos, cometidos por ambos encausados, así como de otros servidores del Hospital de Apoyo de Barranca Cajatambo, en ese sentido, en tanto que por conductas culposas se ha causado un daño a la persona cabe una responsabilidad civil de quienes la cometieron, vale decir, tanto de la acusada...como del*

¹⁸⁷ William Timaná Girio, Juez Titular del Juzgado Unipersonal de la provincia de Barranca.

*acusado....con lo establecido por el artículo 1969 del Código Civil y en tanto que son dependientes del Hospital de Apoyo de Barranca que a su vez está adscrito al Gobierno Regional de Lima Provincial, la responsabilidad se hace extensivo a su empleadora conforme se establece en el artículo 1981 del CC. pues los encausados cometieron la infracción en el ejercicio de sus cargos.”(sic). Una de las primeras observaciones que podemos hacer a esta argumentación, es que la mala praxis médica, no implica una relación jurídica extracontractual, al contrario, hay una relación jurídica contractual y así lo ha venido definiendo frecuentemente nuestra Corte Suprema¹⁸⁸; también en el caso de un delito imprudente o con secuelas de daños a la persona o a su integridad debe señalarse una *“reparación integral”* lo que supone que la relación que hay entre daños y perjuicio y entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie¹⁸⁹ considerar el daño a la persona o el daño moral, ambos son equiparables, sosteniéndose por la Corte Suprema en el III Pleno Casatorio Civil, fundamento 71, que el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial, aunque para ser indemnizado, tenga que ser cuantificado económicamente, en el caso concreto que nos convoca, hizo bien el juzgador cuando distinguió el daño al proyecto vida del párvulo y el daño moral que sufrió la madre por la pérdida del fruto de la concepción; pero, si no se había determinado la causa de la muerte, y si no hay prueba que los medios incrementaron *“la actividad riesgosa”*, como es posible que puedan ser responsables civiles del resultado muerte del recién nacido? no se ha determinado si hubo falta de material médico o fármacos o falta de atención a la madre y su bebe recién nacido, pero sin embargo, el tercero civil responsable, como es el Estado, también tenga que responder? Nos parece que estamos ante una responsabilidad objetiva, por el simple resultado causalista, y ello no es fundamento para aplicar el artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal, pues sin imputación *“por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa”*, y sin lograr encontrarnos ante la presencia de una *“causalidad adecuada”* no es posible*

¹⁸⁸ Sala Civil Permanente. Casación N°1318-2016 procedente de Huancavelica, Considerando Tercero (publicado en las Separatas de Sentencias en Casación del diario oficial El Peruano del día 2 de mayo del año 2017, p. 91654).

¹⁸⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Segunda edición actualizada y aumentada. Lima, Perú Gaceta Jurídica S.A. 2003, p. 181.

aplicar dicha institución, pues ya estaríamos ante un "*decisionismo*" justicialista peligroso y subjetivo; pues si el hecho no se dio, no se puede fijar el monto de la reparación civil por el solo resultado obtenido.

Otro caso fue, el conocido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la **Casación No 240-2011** procedente de Arequipa, leída el 20 de septiembre del año 2012, se trató de un delito de homicidio culposo cometido por Nicolás Bedoya Justo conduciendo su vehículo, en agravio del menor Lee Puma Cabana, quien se había cruzado intempestivamente sobre su trayecto, motivo por el cual el Juzgado Unipersonal aplicando el artículo 12 ordinal 3° del Código adjetivo penal, absolvió del delito, y como quiera que uso un "*bien riesgoso*", impuso el pago de la reparación civil en la suma de S/. 20,000.00, la Sala Penal Superior de Camaná por unanimidad confirmó la sentencia en su extremo absolutorio, pero revocó en su extremo civil y elevó a la suma a S/.30,000.00, para ello la Corte Suprema aplicó la responsabilidad objetiva contenida en el artículo 1970 y 1972 del Código Civil, sobre el daño causado mediante un bien riesgoso o una actividad peligrosa; en principio la argumentación precisa que es posible indemnizar a pesar de haber sido absuelto y ello es propio de una acumulación de acciones heterogénea basada en la criterios de economía (Considerando 2.2.1), también enseña que, en aquel tipo de reparación basado en el incremento del riesgo, no es necesario determinar el dolo o la culpa, pero sí debe establecerse el criterio del riesgo, en cualquiera de los supuestos contenidos en el artículo 1970, siendo así, siguiendo a los criterios de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema señala que estaríamos ante un caso de "*culpa virtual*" (Casación N°1135-95); asimismo, conforme a los criterios de la Sala Civil Transitoria precisa (Considerando 2.2.4) que cuando hay un daño por motivo del uso de un **bien riesgoso** o **una actividad peligrosa** civilmente debe acreditarse el daño causado, una **la relación de causalidad** entre el daño producido por un bien o una actividad peligrosa (**Casación N°86-2008**); finalmente, la Sala Penal Permanente señala, que coincide con los criterios, señalados por la Sala Civil y que en todo caso el daño debe ser abordado, desde la perspectiva de la **responsabilidad objetiva** y no subjetiva (Considerando 3.4.3. de la Casación Penal arriba citada); también, que luego de la actividad probatoria, no fue posible determinar el Deber de Cuidado que habría infringido el

imputado, pero si determinó que su accionar contribuyó a que se produzca la muerte del menor, en ese sentido, se evaluaron cuestiones con implicancias netamente civiles, como es la indemnización por un hecho dañoso, en el cual no existe causa eximente de responsabilidad (caso fortuito o fuerza mayor), ni se le puede incriminar “*imprudencia de la víctima*” al menor que tenía la edad de 14 años siendo un incapaz absoluto a la fecha del evento y finalmente, si bien se argumentó la presencia del “*hecho determinante de un tercero*” (otro vehículo), el inculpado no acreditó sus aseveraciones, máxime que ello es carga probatoria que debió asumirlo; no existiendo fractura del nexo causal; así la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema¹⁹⁰, declaró infundada el recurso de Casación. Si bien en el presente caso se trató, de un hecho punible que no se llegó a condenar penalmente, pero sí se condenó civilmente y se fijó la reparación civil a favor de la víctima, no solo por una causa natural, sino por la presencia de una “*causa adecuada*” y “*causa jurídica*”, entre el hecho generado y el daño ocasionado de responsabilidad, al que alude el artículo 1985 del Código Civil, teoría que se ha asumido¹⁹¹.

5.3.5 Aplicación del artículo 12, 3° del NCPP al delito de Usurpación y delito de Daños

tano

La Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, tuvo conocimiento del Expediente No 2919-2010 seguida contra el imputado Rafael Severo Valladares Gonzales, por el delito de usurpación y daños agravados, en agravio de Percy Orlando Verástegui Domínguez y otro, por resolución número veinte del día 27 de marzo del año 2012, luego de llevar adelante la audiencia de pruebas en segunda instancia, dictó sentencia, confirmando la sentencia apelada por el cual se absolvió a los acusados por los delitos ya mencionados, tampoco hubo actividad probatoria al respecto; la imputación penal, es que en la ciudad de Huaral, el día 28 de Julio del año 2010, los acusados aproximadamente las cuatro y treinta de la madrugada y

¹⁹⁰ La Ponencia corresponde al señor Juez Supremo Salas Arenas, y la Sala conformaban los Magistrados Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Santa María Morillo y Tello Gilardi.

¹⁹¹ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La Responsabilidad extracontractual". Vol. IV - Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2005, p. 318, 325, 326 y 327.

acompañados de otros sujetos lograron ingresar al inmueble de posesión de la agraviada, para ello derrumbaron la puerta de ingreso, una pared de adobe, destrozando cajas de madera y esteras, en ese momento el agraviado se encontraba pernoctando con su esposa Mary Silva y sus dos menores hijos, siendo amenazados y luego de haber irrumpido en el inmueble, tomaron posesión de la parte delantera donde había un taller, no pudieron ingresar a la parte posterior del inmueble donde se encontraba la vivienda; siendo así, los afectados, fueron a dar cuenta a la Policía y de inmediato se constituyeron al lugar de los hechos, encontrando en el bien a los acusados y sus cómplices, los denunciante, con la ayuda de la Policía y los vecinos, recuperaron la parte del predio que había sido usurpado, ejercitando el agraviado su legítima defensa posesoria; por ello que el señor Juez Unipersonal sostuvo que no hay delito de usurpación, ni delito de daños, apelado que fue la sentencia, la Sala Penal Superior de Huaura¹⁹², coincidiendo con lo razonado por el Juez dijeron, que como no se había acreditado el delito de usurpación, ni de daños, no se podía fijar el pago accesorio de la reparación civil, ni de la restitución del predio, agregó el colegiado superior, que el monto de los daños ocasionados tampoco fue acreditado en su cuantía; sin embargo, confunden a la institución del artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal que no narra la responsabilidad civil ex delicto, sino la responsabilidad derivada del delito o hecho "**civile debetum offensae**" o responsabilidad civil "*ex damno*", el mismo que tiene que ver con un análisis de la responsabilidad civil extracontractual, si bien el señor Juez y la Sala coinciden que hubo legítima defensa posesoria, significa que hubo una agresión ilegítima, evidentemente ella tiene que provenir del inculpado, si esto es así, hubo violencia que generó daños aunque el delito no se consumó, pero sí se agotó el tipo penal del despojo, hubo también daños en la ejecución del delito, el mismo que quedó en el grado de tentativa acabada, pero luego recuperado por la legítima defensa, sin embargo, los daños tenían que indemnizarse, habida cuenta que corresponde al mismo hecho histórico, a un daño conexo al hecho con apariencia penal, que sirvió de base para denunciar la usurpación, y que correspondía al juzgador pronunciarse por la segunda competencia que

¹⁹² Reyes Alvarado (presidente de la Sala y Ponente), Caballero García y López Velásquez.

alcanza a la acción civil, al ser un hecho conexo al hecho con apariencia punible; al despojo que fue relativizado por el ejercicio de la legítima defensa posesoria; pero como no se comprendía la institución de la responsabilidad civil “*ex damno*” no se concedió respuesta alguna a la acción civil y por ende no se dio tutela judicial efectiva en dicho extremo, pese a que se tuvo todas las pruebas del daño causado al patrimonio del agraviado que según la pericia valorativa bordeaba la suma de dos mil soles, más aún si éste y su familia fueron puestos en zozobra por la invasión de madrugada y repentina que sufrió, pero no fue evaluado en absoluto por el inferior y superior; dejando incontestado la acción civil que tenía abrigo penal en la responsabilidad civil extracontractual al haber actuado todos los invasores con dolo civil.

Otro caso, fue el Expediente N°00044-2011 tramitado por ante el Primer Juzgado Unipersonal de Huaral, en el cual en fecha del día fecha 09 de Mayo del año 2013, se dictó sentencia condenatoria en contra de Elsa Amelia Cheng Ruiz Cornejo por el delito de usurpación y hurto en agravio de Julio Ruiz Cornejo Vásquez, a la pena privativa de libertad de tres años suspendida y al pago de la reparación civil en la suma de tres mil soles; apelado que fue el caso a la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, la Sala por mayoría¹⁹³ decidió absolver a la condenada de los cargos contenidos en la acusación fiscal, y confirmó el monto de la reparación en la suma de tres mil soles; la Sala Superior sostuvo que, la imputación formulada por el Ministerio Público no comprende ninguno de los delitos procesados de usurpación ni de hurto, pues se ha verificado que la acusada se ha posesionado de parte del inmueble que no le pertenece, conforme el Juez ha descrito, así mismo la acusada se ha negado a entregar la administración del bien inmueble, pues aquel pertenecía a la sucesión Ruiz Cornejo Velásquez y que la acusada se aprovechó de la confianza otorgada por todos los familiares, para luego coludirse con su coimputado Marcos Justo Ugarte, en ese entonces Alcalde de la localidad de Churín (ahora absuelto) a fin de construir varios ambientes en la parte posterior del inmueble, indicando la acusada ser la poseedora del inmueble presentando documentos sorprendiendo la buena fe del coacusado Alcalde; el Ministerio Público al cual

¹⁹³ Reyes Alvarado (Ponente) y Sánchez Sánchez, con el voto en discordia de Tapia Cabañín.

representábamos sostuvo que no habiendo existido actividad probatoria, ni actuación de cualquier otro órgano de prueba, la sentencia condenatoria debería confirmarse, postura que fue asumida por el Magistrado Tapia Cabañin con su voto en discordia, y era lo correcto, pues procesalmente, solo hubo alegatos de ingreso y cierre, por lo que la Sala en mayoría no podía dar distinta valoración a la prueba personal actuada en primera instancia y pese a ello, por la sola exposición de las partes, el Colegiado en mayoría sostuvo que la imputación no se subsume en el tipo penal de usurpación, sin considerar que el Código Penal sostiene que puede haber usurpación con abuso de confianza, de la sola posesión de un poseedor con exclusión del resto de poseedores y sin someterse a una administración judicial del bien hereditario, ello en el fondo es usurpación, pero así no se calificó, pero absurdamente se dice: "*...habiéndose verificado que la acusada se ha posesionado de parte del inmueble que no le pertenece (...) asimismo que la acusada se ha negado a entregar la administración, por tanto debe confirmarse los extremos de la reparación civil y la restitución del bien ordenado por el Juez Unipersonal.*"(sic)¹⁹⁴; si ello es así, debió mantenerse la condena y por efecto de ella aplicar la responsabilidad civil "*ex delicto*", pero no absolver a la acusada y aplicar indebidamente el artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal para aplicar la responsabilidad civil "*ex damno*" solo sobre el objeto civil daños, no se pronunció sobre el pago de frutos civiles que se había demandado, situación que implica que muchos juzgadores, ven en su leal saber y entender, la solución de casos, que ya están tasados conforme al principio de legalidad y no estar creando salidas que la misma ley no da, porque ello nuevamente puede ser una "*decisionismo*" judicial pernicioso.

Otro caso, fue el expediente número 319 - 2015 que conoció la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco¹⁹⁵, en el proceso de usurpación agravada cometido por Denis Alembert Cjuno Ovalle, en agravio de Amelio Quispe Romero e Isaac Quispe Romero, siendo así por resolución número 17 del día 5 de enero del año 2018, se dictó sentencia por el cual, se absolvió por duda, de los cargos al acusado por el delito de Usurpación agravada por despojo mediante violencia e intimidación; pero

¹⁹⁴ Fundamentos 17 y 18 de la Sentencia.

¹⁹⁵ Balladares Aparicio (presidente), Barra Pineda (Ponente) y Reynaldo Ochoa Muñoz

como la conducta del acusado no es delito, sí causó daños, motivo por el cual debe indemnizarse con la suma de siete mil soles a favor de los agraviados; resulta que el día de los hechos 4 de noviembre del año 2014, el imputado decidió tomar posesión del predio ubicado en la calle Bernardo Tambohuacso, de la urbanización Tupac Amaru del distrito de San Sebastián en el Cusco, para ello contrató obreros y con la ayuda de éstos ingresó a la habitación, donde se encontraban los agraviados, violentaron la puerta, rompieron del marco de la puerta, destruyeron el baño y sus instalaciones, y tomó posesión de los 600 metros cuadrados que dice había comprado la mitad del área total, y ordenó la construcción del cerco medianero, el mismo que estaba en construcción; pese a que fueron todos los órganos de prueba al juicio oral en primera instancia, se sostuvo que había duda sobre la posesión del bien por parte de los agraviados, por la simple versión del acusado que ostentaba las llaves del predio donde hacía parrilladas, existiendo duda, se procedió a absolver al acusado del delito inculcado de usurpación agravada; formulada la apelación por parte del Ministerio Público y la Actora Civil, la causa fue elevada a la Primera Sala Penal del Cusco, y no hubo actuación de medios probatorios, por lo que la Sala no puede dar distinto valor probatorio a las pruebas personales y sostuvo, está probado que el procesado adquirió el 30 de septiembre del año 2014 del predio ya mencionado como lote P-01, conforme a la minuta donde aparece como su vendedor don Jesús Quispe Romero, pero los hermanos de éste Amelia, Jorge e Issac impidieron al acusado, que tomen posesión de dicho predio, pese a ello ingresó al predio sub litis, tal como se dio cuenta anteriormente; la Sala Superior llegó a la conclusión, que en efecto no se ha acreditado que los agraviados se encontraban en posesión del lote P-10 que se había enajenado al acusado, y que las constancias de posesión y daños se han producido a las partes integrantes del lote P-11 conforme a las constancias de constatación policial e inspección fiscal que correspondía a los agraviados, ambos lotes inclusive gozan de inscripción registral independiente, motivos por los cuales se absolvió al procesado, por subsistir la duda respecto de la inculcación; respecto a los daños, ellos sí están acreditados, pero en primera instancia, la Sala dijo, que a pesar que el imputado no apeló sobre dicho extremo fijado en la suma de S/.7,000.00, no se han generado daños considerables, por lo que

debe establecerse una reparación en forma proporcional al daño causado, y como único daño el ocasionado al baño que se encontraba en el medio de ambos lotes, y aplicando el artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal, reformando fijaron la indemnización en la suma de S/. 3,000.00, por los daños causados (sin utilizar la categoría del “daño integral”). Uno de las primeras inconsistencias de la sentencia, es que si el acusado, solo apela de la acción penal; el extremo civil, dejó consentir, esto es en cuanto a la reparación civil, por ende, si ella había sido fijado en la suma de S/.7,000.00 considero que ya no podía modificar por suma menor, porque ello sería afectar la indemnización y vulnerar vía “*reforma en peor*” contra los intereses de los agraviados; otro extremo consideramos adecuado es que en efecto, si el delito de usurpación se da por inexistente, a pesar que se utiliza una categoría procesal como es el in dubio pro reo, sin embargo, la Sala sostuvo que no se había acreditado la posesión “*ex ante*” a favor del agraviado, si esto es así, el delito era atípico, pero como quiera que se produjo una invasión violenta, donde hubo enfrentamientos entre las personas de los ayudantes del procesado y las agraviadas, así como la destrucción de algunas partes integrantes del predio-baño, marco de la puerta y la misma puerta, la acción civil tenía que concederse a través de la fijación de la reparación civil, pero sin que se haya cuestionado, la Sala oficiosamente la redujo, a pesar de no existir apelación al respecto, esto es un error; en todo caso se aplicó correctamente el artículo 12, 3° del Código Procesal Penal, concediendo adecuada tutela judicial a los daños causados, como derivados y conexos al hecho con apariencia punible; estimo que fue correcta la motivación respecto de la acción civil “*ex damno*”.

Finalmente, otro caso sobre delito de Daños, fue el expediente N°169 que conoció la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, en el cual por resolución número 5 de fecha 23 de abril del año 2018, se resolvió absolver de la acusación fiscal y sin responsabilidad civil al acusado Rómulo Ferro Caviedes, como autor del delito de daños, previsto y penado en el artículo 205 del Código Penal, en agravio de Mario Dueñas Acurio, pues éste es propietario del inmueble ubicado en el Sector de Pucará, en el Centro Poblado de Yanahuara de 200 metros cuadrados aproximadamente, donde tiene construido una vivienda de adobes de dos plantas y por el otro extremo de la vía discurre un canal de regadío; siendo

así, el procesado aprovechando de la ausencia del agraviado el día 5 de agosto del año 2014 procedió a desviar deliberadamente el curso del canal de regadío y construido una nueva acequia que ha ocasionado daños a la estructura de la vivienda del agraviado, motivo por el cual fue acusado; sin embargo, el señor Juez absolvió de la responsabilidad penal y civil; apelado que fue la sentencia de primer grado, en segunda instancia, se avoco de conocimiento la Sala¹⁹⁶, no admitió ni se ofreció ningún medio probatorio en segunda instancia, y solo se valoró las pruebas introducidas en primera instancia, respetándose el Principio de Inmediación, salvo las excepciones previstas en el Código Procesal Penal y sostuvo que, el deterioro y humedecimiento de la vivienda del agraviado está acreditado, por la acción de filtración del agua del canal, conforme queda probado con el acta de constatación policial del día de los hechos; el motivo y argumentación para la absolución, señala el órgano judicial de primer grado, que no está acreditado, que el acusado haya actuado a título personal, sino lo que pasa, es que estuvo presente el día de los hechos, en su condición de Regidor en representación del Alcalde y en todo caso, los daños son a título de culpa (artículo 1969 del C.C.), en tal sentido no se puede subsumir el hecho en el tipo penal de daños que es inminentemente doloso y que en consecuencia, los hechos tienen contenido extra penal, motivo por el cual la venida en grado debe confirmarse. Empero, la Sala Superior, señalado que conforme al artículo 93 del Código Penal, la reparación civil, comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios; la Sala dijo que debe tenerse en cuenta el artículo 12, 3° del Código Procesal Penal que señala, de la fijación de la reparación civil, derivada del hecho punible, y como quiera que el procesado voluntariamente ha pagado la suma de dos mil soles mediante documento de transacción extrajudicial, aplicando la norma mencionada, debe fijarse la suma de S/.1,500.00, que sería el monto consignado en la acusación por S/.3,500.00 estando a los daños objetivos y comprobados, pues de no ser así, el agraviado tendría que iniciar un proceso para la indemnización, siendo así, para evitar mayores daños y tiempo es que se fija la suma de mil quinientos como indemnización final; por Sentencia de Segunda Instancia,

¹⁹⁶ Balladares Aparicio (presidente y Ponente), Sarmiento Núñez y Barra Pinedo.

contenida en la resolución 14 de fecha 27 de agosto del año 2018, procedió a confirmar la sentencia absolutoria en el extremo de la acción penal formulada por el señor Fiscal y revocó en cuanto al extremo de dejar a salvo el derecho de la parte agraviada para que recurra a la vía extra penal para la solución del caso, por ello reformándola en ese extremo: *“se impone al acusado Rómulo Ferro Caviedes, por el delito de daño simple en agravio de Mario Dueñas Acurio, la obligación de pagar mil quinientos soles de reparación civil”*(sic). Nos parece impropio el calificativo de *“delito de daño simple”* para condenar al procesado al pago de la reparación civil, si en el extremo revocado se ha sostenido que se confirma el extremo absolutorio que contenía el cargo de daños tipo simple, y sin embargo para el pago de la reparación civil se vuelve a decir que hay daño simple, una contradicción flagrante. Todo nos parece indicar que, todavía no está claro la presencia de acciones heterogéneas en el proceso penal, si bien hay una acción penal y ésta puede merecer una absolución, significa que la acción penal ya no puede prosperar, empero la acción civil, emergente, tiene que ver con las consecuencias civiles, estrictamente respecto al daño causado, por haber construido una nueva acequia, que finalmente afectó a la propiedad del agraviado, por ende la responsabilidad del imputado, es por el hecho de haber realizado una conducta que podría generar peligro o consecuencias, y el título de imputación o factor de atribución no es culpa, ni dolo, sino que se responde objetivamente, de conformidad con los artículo 1972 del Código Civil, requiriendo una *“causalidad adecuada”*; como en el presente caso, se ha fijado aquel en función a criterios justicialistas, pero no a criterios técnicos, lo cual también es posible que el Juez lo haga sin las pericias correspondientes, de conformidad a lo previsto por el artículo 201 ordinal 1° del Código Procesal Penal y por el artículo 1333 del Código Civil (sobre valoración “equitativa”) que no se usó esta categoría; en todo caso se ha concedido tutela judicial, respecto de la acción civil *“ex damno”*. La Sala Penal de la Corte Suprema en el **Recurso Casación N.º1063-2019/Moquegua** Ponente: César San Martín Castro, se refiere a un caso de Desalojo preventivo, proveniente de un delito de Usurpación clandestina, previsto en el artículo 202 ordinal 4to del Código Penal, los órganos jurisdiccionales inferiores, denegaron el desalojo, bajo el entendido de que el delito de usurpación protege la posesión y no la

propiedad, por tanto no se podía discutir en dicha vía tal derecho, la Corte Suprema evaluando títulos de propiedad, y siendo una afectación proveniente en todo caso de un hecho con apariencia penal, sostuvo que al afectarse el derecho de propiedad, debe declararse fundado el desalojo; apreciamos que en el delito de usurpación, se pueden discutir las consecuencias del delito que no necesariamente afectan a la posesión, sino a otro derecho como la propiedad, justamente, amparando la acción reivindicatoria inusual en lo penal y legal por la acción civil, eso es la racionalidad del artículo 12 ordinal 3ro del Código Procesal Penal. Otro pronunciamiento más contundente sobre la devolución del bien inmueble inmerso en un delito de usurpación, es cuando la Sala Penal Permanente de Justicia en la **Casación N.º107-2020/Arequipa**, leída el día cuatro de mayo de dos mil veintidós y que tuvo como ponente al juez supremo Sequeiros Vargas, en el fundamento 1.12. dijo: *“Así pues, si bien no se ha acreditado la participación del procesado Parillo Quispe en el delito de usurpación ni se ha demostrado con qué título ingresó en la posesión, ello no es óbice para establecer su obligación de devolver el predio al agraviado, por imperio del artículo 94 del Código Penal. Como se expresó precedentemente, la responsabilidad penal tiene supuestos muy distintos a la civil, en la que la obligación de restituir el bien no solo alcanza al responsable del delito, sino también al tercero que se halle en posesión del bien ilícitamente despojado a través de la usurpación; por ende, la absolución penal del procesado tampoco exonera de dicha devolución, aunque se trate de un tercero, si —como se expresó precedentemente— se acreditó la materialidad del delito, se identificó el bien objeto del delito y se acreditó la posesión previa de este por parte del agraviado”,* si bien es correcta la devolución, el fundamento jurídico corresponde a la *“responsabilidad civil ex delicto”* que se aplica cuando está acreditado el delito, en el caso sub materia, se aplicó el artículo 12 ordinal 3ro del código adjetivo penal, en cuyo caso la norma aplicable es de sede civil, contenida en el artículo 927 del Código Civil, esto es a una acción reivindicatoria; por lo menos así lo permite el artículo 101 del Código Penal. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la **Casación 702 – 2019/Cuzco**, fue ponente el juez supremo Coaguila Chávez que fue leída el día trece de abril de dos mil diecinueve; señaló en el considerando **Quinto dijo:** *“La acción civil que se ejercita en el proceso penal*

es de naturaleza resarcitoria, coincide **con la acción de responsabilidad extracontractual**, que se contrae por actos u omisiones ilícitas que causen resultados perjudiciales y no se extiende a otro tipo de acciones (divorcio, revocación de donación, etcétera). La pretensión resarcitoria deber contener la reparación de todos los daños resarcibles o morales, entre otros. El artículo 11 de numeral 2 Código Procesal Penal y estipula que la reparación civil comprende las acciones establecidas en el artículo 93 el Código Penal que incluye, para la garantizar la restitución de bien **y siempre que sea posible la declaración de la nulidad de los auto jurídicos de corresponda con citación de los afectados**. De esto se desprende que el resarcimiento abarca tres tipos de reclamaciones: **restitutorias, indemnizatorias y anulatorias**. En el caso, es pertinente desarrollar la primera. Según el artículo 94° del Código Penal: “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. En consonancia, la restitución consiste en la reposición de la cosa al estado en que se encontraba antes del hecho dañoso. Constituye el restablecimiento de la situación originaria, la reposición de la cosa destruida por otra de su mismo género o la eliminación de todo lo ilícitamente realizado, entre varios aspectos. En lo específico, si el perjudicado ha sido despojado de la posesión de una cosa, no solo habrá que devolverla, **sino también reintegrar los provechos** que entre tanto pudieron obtenerse de ella.” Esta jurisprudencia nos parece muy interesante, primero porque confirma nuestra postura que se puede discutir la nulidad de títulos dentro de éste proceso u otro donde la pretensión abarque la posibilidad de nulidad de títulos, pero como lo propusimos podría abarcar también la anulabilidad, rescisión o la propia resolución de los contratos y el propio uso de la “acción pauliana” en suma comprendería a todos los contratos criminalizados provenientes de delitos con apariencia de estafa o apropiaciones ilícitas, como autorizada doctrina lo sostiene en otra latitud¹⁹⁷; y segundo, el extremo que disintimos con la ejecutoria suprema es cuando sostiene el “resarcimiento abarca 3 tipos de reclamaciones: **restitutorias, indemnizatorias y anulatorias**.”, lo cual nos parece bajo una interpretación restringida, pues el

¹⁹⁷ ARNAIZ SERRANO, Amaya. obra cit. p. 355/365.

artículo 12 ordinal 3 del código adjetivo penal, habla de la “*acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda*”, bajo una interpretación auténtica comprende todas las acciones civiles siempre que sean válidamente ejercitadas dentro de la “**competencia secundum eventum litis**” y siempre que ella proceda, lo que supone apreciar en cada caso en concreto si la pretensión procede; además las acciones civiles según las prestaciones jurisdiccionales pedidas, se dividen en seis: declarativas, de condena, ejecutivas, cautelares, constitutivas y ejecutivas¹⁹⁸ obviamente ésta clasificación comprende a la división tripartita mencionada por la Corte Suprema y que nuestra clasificación es más amplia y concede adecuada tutela judicial y cautelar de mayor cobertura a la víctima.

La jurisprudencia nos enseña, pero consideramos todavía hay confusión y otras atrevidas en las instituciones legales que deben aplicarse, lo cual nos parece incentivadoras para resarcir adecuadamente a la víctima.

5.3.6 Aplicación del artículo 12, 3° del NCPP al delito de Defraudación – Estelionato, Apropiación ilícita y Estafa

La Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, conocieron el Expediente No 01640-2010, seguido contra la imputada Pilar Sánchez Palomino por el delito de estafa y defraudación en agravio de Yee Wu Chau, el Juzgado Unipersonal de Barranca, conoció el caso por el cual, el 11 de septiembre del año 2007, Pilar Lérica Sánchez Palomino y el agraviado Si Yee Wu celebraron un contrato de mutuo de dinero, por la suma de \$. 12,500.00 que el agraviado entregó a los imputados, y estos entregaron a la agraviada, como garantía del mutuo, un inmueble; comprometiéndose los deudores a no afectar el bien sin el consentimiento del agraviado o acreedor, sin embargo, en fecha anterior al préstamo, los imputados ya habían vendido el inmueble a un tercero, afectando en consecuencia un bien inmueble como si fuera propio; la fiscalía subsume éstos hechos en lo previsto y sancionado por el artículo 197 inciso 4to del Código Penal y solicita, se le imponga la pena, la multa y la reparación civil, sin perjuicio de devolver la suma entregada de \$

¹⁹⁸ UGGO ROCCO. “Derecho Procesal Civil”. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil”. Volumen I. Editorial Jurídica Universitaria. México 2008. P.154/162.

12,500.00 dólares americanos; luego del juicio oral, el Juez en su sentencia contenida en la resolución 19 del día 19 de enero del año 2012, sostuvo que hay una serie de contradicciones entre las versiones de la imputada y de la agraviada, pero lo cierto es que, no se está cumpliendo con éste contrato de mutuo, donde se determina que hay dolo, pues a la fecha del préstamo en efecto la casa ya no era de propiedad de la deudora, y pese así recibió el dinero del préstamo en su favor; motivo por el cual el Juzgado Unipersonal, la condena por el delito de estafa a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida, fija la reparación civil en dos mil soles, sin perjuicio de devolver la suma entregada en mutuo, también absuelve del cargo de Estelionato; apelado que fue, el proceso se remitió a la Sala Penal Superior de Huaura¹⁹⁹, por resolución número 25 del 17 de abril del año 2012, emite sentencia en segunda instancia, y revoca la sentencia condenatoria ya mencionada y absuelve de los cargos formulados por el delito de estafa, pero confirma el pago de la reparación civil y la devolución de los \$12,500.00 dólares americanos; el razonamiento fue que, si bien no hay dolo en el delito de estafa, sí existe un incumplimiento en la ejecución del contrato, por ello dispuso la devolución de la última suma mencionada y el pago de la reparación civil al ser consecuencias derivadas del hecho con apariencia punible, y fundamentalmente porque supo distinguir la acción civil de la acción penal con arreglo al artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal; me parece adecuada la interpretación, y en efecto lo que se pretende es evitar que el agraviado vaya a sede civil a reclamar, lo que es tan evidente del material probatorio recabado en sede penal, por lo que se evita el *"peregrinaje procesal"* y se proceda a indemnizar adecuadamente a la víctima, por tanto, se ha concedido adecuada ***"tutela judicial excepcional"***, pero utilizando el ***"tercer sistema trialista"*** de responsabilidad civil contractual; entonces el sistema no se agota solo en la responsabilidad civil extracontractual. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la **Casación 702 – 2019/Cuzco**, fue ponente el juez supremo Coaguila Chávez que fue leída el día trece de abril de dos mil diecinueve; señaló en el considerando **Quinto dijo: (...)** *En lo específico, si el perjudicado ha sido despojado de la posesión*

¹⁹⁹ Reyes Alvarado (presidente y Ponente), Caballero García y Jhony López Vásquez.

de una cosa, no solo habrá que devolverla, **sino también reintegrar los provechos** que entre tanto pudieron obtenerse de ella.” (sic); éste reconocimiento de “*competencia secundum eventum litis*” resulta también bastante ambicioso para la víctima que pretende ser resarcida, todo dependerá de una defensa eficaz y de un juez predispuesto a escuchar y conceder el derecho perdido; en los “*contratos criminalizados*” si fueron descartados por la comisión del delito de estafa, defraudación, apropiación ilícita entre otros, puede tener consecuencias derivadas de aquellas, entonces, se requiere solicitar el pago de “*los provechos*” dice la jurisprudencia, bajo una atenta mirada a las instituciones civiles; obviamente si la toma de un yacimiento minero o concesión minera, los que consintieron esa toma deberán los provechos que se pudo haber obtenido y se perdido, ello en estricta sujeción con el artículo 890 al 895 del Código Civil, donde resulta más adecuados hablar de frutos (naturales, industriales y civiles) o productos (provechos no renovables), solo así entenderemos la amplitud de la acción civil para poder conceder adecuada tutela judicial. La jurisprudencia enseña, pero es necesario aplicarla a casos concreto y mejorarlos en el trayecto.

5.3.7 Aplicación del artículo 12, 3° del CPP al delito contra el Honor – Difamación Agravada

La Sala Penal Permanente de la Excelentísima Corte Suprema, en la **Casación No 179 – 2011/Arequipa**, leída el día 20 de enero del año 2012 consta de un caso, de presunta comisión del delito de difamación, cometido por doña Zaida Mabel Cáceres Calderón en agravio de la Empresa Coproisa Sociedad Anónima Cerrada y Renzo Torrico Quezada, resultando que en primera instancia del proceso, la imputada, fue declarada absuelta de los cargos contenidos en la querrella, por lo que la querellante interpuso su recurso de apelación ante la Sala Penal Superior de Arequipa y éste señaló que en efecto es válido dictar sentencia absolutoria a mérito de las pruebas de cargo y descargo, pero también es válido que el juzgador se pronuncie sobre la reparación civil, que no había sido aludido en la sentencia, por lo que, dispuso la realización de una “*audiencia especial*” por el Juez de la causa, en el cual el juez ad quo se pronuncie sobre tal extremo de la acción civil, tanto más, si

el artículo 12 ordinal 3° del código adjetivo penal así lo ordena; resulta adecuada la decisión de nuestro máximo tribunal, pues avaló que el Tribunal Superior no decidió la nulidad de la sentencia absolutoria, sino solo dispuso la realización de la audiencia especial para la realización del proceso en el extremo de la acción civil, situación perfectamente compatible para atender o no a la pretensión civil enarbolada por la parte agraviada, debiendo apreciarse si el mismo hecho histórico con apariencia punible del cual fue absuelto el procesado, tiene vinculación y conexión con el hecho que genera daño para ser indemnizado, usándose la segunda competencia por el órgano jurisdiccional, función que no se había utilizado y que ahora sí permitirá dar tutela judicial más integral, en favor de la víctima, un caso correctamente establecido en especial por la tramitación de un juicio oral especial para el pago o no de la reparación civil, pues si la absolución entendió que el la procesada no actuó con “*animus injuriandi*” sí es posible que su conducta con apariencia punible, haya causado un daño moral en la imagen o representación de la persona jurídica, debiendo buscarse una “*causalidad adecuada*” presupuesto esencial, de una responsabilidad civil “*ex damno*”.

5.3.8 Aplicación del artículo 12, 3° del NCPP en el delito de actos contra el pudor y violación

La Sala Penal de Apelaciones del distrito Judicial de Huaura, conoció en segunda instancia, el expediente 00772-2009, en el cual por resolución N°26 del día 4 de noviembre del año 2015, el Juzgado Unipersonal de Huaral falló condenando a Víctor García Martínez como autor del delito de actos contra el pudor en agravio de la menor de iniciales S.V.G.P. y B.G.P. a la pena privativa de libertad de 7 años y al pago de la reparación civil en la suma de S/.15,000.00 a favor de la menor de iniciales S.V.G.P. y a favor de la agraviada B.G.P. y en la suma de S/.5,000.00, que serían cancelados a los tres meses de declararse consentida o ejecutoriada la presente sentencia; apelado que fue, la Sala Penal apreciando la imputación realizada contra el acusado Víctor García, quien realizó actos de tocamientos en el seno y vagina de la menor de iniciales S.V.G.P. y cuando ésta cumplió 16 años le practicó el acto sexual, llevando a la menor en su vehículo y con engaños y que iban a visitar a su

abuelita, quedando embarazada dicha menor y tener un hijo a la edad de los 17 años, lo que quedó probado con el certificado médico legal donde consta desfloración antigua y signos de parto vaginal anterior; asimismo el denunciado también habría querido cometer el mismo hecho contra la menor de iniciales B.G.P. de 14 años de edad, a quien en la primera semana del mes de mayo del año 2009, aprovechando que la menor se encontraba mirando televisión, le hizo tocamientos por debajo de su brasier y tocarle los senos y en las partes íntimas, así como a besarla en la boca; el Ministerio Público calificó los hechos en el tipo penal previsto del artículo 176, 2 párrafo del Código Penal como delito de violación de la libertad sexual de menor y como actos contra el pudor, previstos en el artículo 170 del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley N°26293 y el artículo 176 segundo párrafo del mismo código; la apelación del procesado tuvo como pretensión procesal la revocatoria, sostuvo el impugnante que el delito de violación sexual ha prescrito, que la misma menor ha mencionado que no ha sufrido ningún trauma, que la menor agraviada de iniciales B.G.P. se ha contradicho en su declaración prestada ante la Psicóloga, pues dijo que los tocamiento se produjeron cuando estaba viendo televisión y luego dijo cuando estaba planchando, que en la primera semana de mayo del año dos mil nueve el procesado no se encontraba en el país conforme al movimiento migratorio, pues había salido el 2 de abril del año 2008 y retornó al país el 15 de octubre del año 2009; los medios probatorios del procesado no fueron admitidos; realizada la audiencia en segunda instancia, se dispuso, el reexamen de la prueba documental inadmitida como fue del movimiento migratorio y finalmente se oralizó, es decir, se actuó y se incorporó al proceso éste documento. La Sala Penal²⁰⁰ sostuvo que, aun cuando la acción penal ha prescrito, la acción civil todavía no ha prescrito y en tal sentido, es posible fijar la reparación civil en aplicación del artículo 12.3° del Código Procesal Penal, para no derivar el proceso a la vía extrapenal, pese a haberse dictado el sobreseimiento por prescripción de la acción penal, cuando es posible determinar en sede del juicio oral si existe o no responsabilidad civil; el Colegiado Superior señala que la sentencia de primer grado ha establecido

²⁰⁰ Víctor Raúl Reyes (presidente y Ponente de la Sala), Timana Girio y Juan de Dios León.

que en primera instancia, la Juzgadora ha valorado la prueba personal como es la declaración de la víctima y la declaración del perito y sostuvo que hay un daño ocasionado a la víctima, inclusive el nexo causal se ha establecido, en el cual, la víctima inclusive lloró al narrar el trauma que sufrió por parte de su propio padre, en tal sentido, como el Superior no puede dar distinto valor probatorio a la prueba personal, indicó que tal extremo no se puede variar la reparación fijada a favor de la menor de iniciales S.V.G.P.; y en cuanto a la menor de iniciales B.G.P. en efecto, como ella indicó que fue objeto de tocamientos por parte del procesado, que es su padre, la Sala sostuvo que en la fecha en que se habrían producido los tocamientos, éste se encontraba ausente, y procedió a absolverlo de la acción penal y de la acción civil; en conclusión, por el primer hecho si bien hubo condena civil, para un caso de sobreseimiento por prescripción de la acción penal, se llegó a fijar el pago de la reparación civil en la suma de S/15,000.00, pero, se puede apreciar que ésta postura es contraria a la prescripción decretada en el Exp.02778 sobre hurto agravado, en el cual se dictó el sobreseimiento, pero no se fijó el monto de la reparación civil de un delito que estaba acreditado, pero por la responsabilidad restringida del imputado, el plazo de la prescripción se redujo a la mitad, decretando la extinción de la acción penal, sin embargo quedó incontestado la acción civil (Ver el numeral 12.3.2, segundo caso) y el segundo error, es porque si la misma Sala declaró inadmisibles los medios probatorios, entre los cuales estaba el informe de migración del procesado, la misma Sala no puede luego realizar el re examen de aquello que ya había declarado como inadmisibile a la prueba documental, para ésta vez, admitirla ellos mismos, cuando bien sabemos, que para realizar el reexamen deben haber dos órganos jurisdiccionales, uno que inadmite y otro que puede realizar el reexamen y admitir o mantener la inadmisibilidat de la prueba rechazada, por lo que no se respetó el debido proceso, previsto por el artículo 372 ordinal 2° del Código adjetivo penal, introduciéndose una prueba que puso en duda al mismo Colegiado y que se sirvió de ella para señalar que hay contradicción y consecuentemente absolver al padre, que fue procesado por el delito de actos contra el pudor de su propia hija. Por la falta de datos, tampoco se pudo analizar los extremos de la prescripción decretada por la Sala Superior. La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la

República, en el **R. N. 1756-2015, Lima Este**, leída el día 24 de marzo de 2017; teniendo como ponente a la jueza suprema Barrios Alvarado; en la sentencia de fecha 19 de enero de 2015, que condenó a Carlos Valenzuela Tafur como autor del delito contra la Libertad Sexual – violación sexual de menor de edad (previsto en los artículos 170 y 173.2, del Código Penal), en perjuicio de la menor identificada con clave N°273, y como tal le impusieron veinte años de pena privativa de libertad; y fijaron en tres mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada; la Corte Suprema, reformándola la sentencia absolvió al referido encausado Carlos Valenzuela Tafur de la acusación fiscal formulada en su contra. La pericia psicológica, practicada a la agraviada, concluyó que esta presentaba personalidad con tendencia a la inestabilidad e inmadurez, rasgos pasivos impulsivos, y frente a la persona denunciada denota sentimientos ambivalentes. La especialista que concurrió al juicio oral se ratifica en dicha pericia y explica que la agraviada presentaba sentimientos ambivalentes, es decir, que denotaba sentimientos de afecto y rechazo hacia el encausado; consecuentemente, al no presentar la agraviada, a la fecha de la evaluación psicológica, algún tipo de afectación emocional por los actos de violencia sexual inculcados, este examen médico no coadyuva a corroborar la versión de la víctima. Finalmente, la testimonial de Felicita Olinda Cotrina Paredes, quien ante el plenario refirió que la agraviada le confió las agresiones sexuales en su agravio y que incluso esta intentó acabar con su vida en dos oportunidades, y que se deprimía cada vez que el encausado llegaba a visitarla, tal afectación emocional no se refleja en su examen psicológico; y el tratamiento psicológico del que fue posible por los intentos que realizó por acabar con su vida, no están acreditados, en tanto que no obra informe alguno sobre dichas consultas médicas. El procesado reconoció que mantuvo una relación sentimental con la agraviada cuando esta contaba **con 17 años de edad**, y que bajo dichas circunstancias y con el consentimiento de ella se produjeron las relaciones sexuales; a esto se aúna el resultado de la **pericia psicológica** practicada a la agraviada, la misma que no reveló afectación emocional alguna por las agresiones sexuales vividas. Si una menor de 18 años y mayor de 17 años de edad, consienten la relación sexual con su presunto agresor, de no mediar violencia, y se produce el coito, el

consentimiento válido de la víctima, sirve como causal eximente de responsabilidad, sea con el Código Penal de 1924 o el Código Penal del año 1991, entonces, el tema es porque no se indemnizó a la víctima?, si de la pericia se apreciaba cierto daño sufrido en la víctima, porque ella no será nunca igual, porque su **“indemnidad”** ha sido perturbado en forma mínima, mediana o máxima, porque llevar al suicidio a una menor o intentar hacerlo, no es cualquier especulación, sino hay algo que está pasando en la adolescente afectada; entonces, la Corte Suprema es reacia a fijar un pago de reparación civil en éstos casos, tal vez con la aplicación del nuevo Código Procesal Penal ello cambie, pero en la revisión de más de doscientos sentencias de éste tipo, no hemos encontrado una que trate de fijar la reparación cuando se produce la absolución de los cargos, sean por violación o seducción; siendo así, *“la indemnidad sexual es un bien jurídico que se encuentra protegido. Se trata del derecho de un ser humano a no sufrir interferencias en el desarrollo de su propia sexualidad. La indemnidad sexual suele aplicarse a las personas incapaces y a los menores de edad. Cuando alguien sufre la violación de la indemnidad sexual, puede padecer alteraciones psíquicas y aceptar como correctos o normales actos que, en realidad, no lo son. Los delitos contra la indemnidad sexual, por lo tanto, afectan la dignidad del individuo, quien sufre una intervención traumática en su intimidad por parte de un tercero.”*²⁰¹; en el caso narrado, la menor ingreso a la vida de un mayor de edad que tenía su pareja, y aquella tuvo que inmiscuirse en ese escenario y obviamente se afectó al compartir sus afectos con el mayor que era comprometido y finalmente verse afectada en su desarrollo psicosexual y que en todo caso ya no se trata de la afectación a su sexualidad, sino a su DIGNIDAD que es un más máspreciado y por ende está sujeta a ser resarcido, tanto más, si comprendiendo la actitud de la menor, dice que tenía posturas ambivalentes y de aprecio al ofensor, ese solo hecho es perturbador en la tranquilidad que debe merecer el ambiente de desarrollo de una menor al existir un **“daño invisible”** diremos, más profundo que el daño moral.

²⁰¹ Ver página webb: [https://definicion.de > indemnidad](https://definicion.de/indemnidad)

5.3.9) Aplicación del artículo 12, 3° del NCPP al delito Contra los Bienes Culturales.

La Sala Penal del Cusco, conoció la apelación de la sentencia de fecha 29 de enero del año 2018, por el cual se resolvió absolver de la acusación fiscal como autor al acusado Juan José Quispicusi Huamán, de la comisión del delito contra el patrimonio cultural, sub tipo de atentado contra Monumentos Arqueológicos tipificado en el artículo 226 del Código Penal, en agravio del Estado Peruano, representado por la Dirección Desconcentrada de Cultura del Cusco y absolviendo por duda existente en la acusación fiscal como autora a la acusada Eva Herlinda Hinojosa Sanalia, de la comisión del mismo delito y tipo penal ya citado en agravio del mismo sujeto procesal indicado; la Sala Penal por resolución número 25 del 7 de Junio del año 2018, relata la imputación penal, en el sentido que los procesados son convivientes, quienes viven a 340 metros de distancia al Este del Hito 01 que se haya dentro de la delimitación del Sitio Arqueológico de Larapa Sector "A", del distrito de San Jerónimo, provincia y departamento de Cusco, que corresponde a un sistema de Andenerías de la época prehispánica, que fue reconocido como Patrimonio Cultural de la Nación, mediante Resolución Directoral Nacional 1375, donde se establece como inalterables por cualquier proyecto de obra nueva, caminos, carreteras, denuncios mineros o agropecuarios, obras habitacionales y otros que pudiesen alterar o afectar el paisaje del monumento arqueológico prehispánico, declarado como "Patrimonio cultural de la Nación", debe contar con la aprobación del Instituto Nacional de Cultura, resultando que el día 2 de mayo del año 2014, personal policial da cuenta que ha constatado, ante la denuncia de Iván Montesinos Garrido (vigilante conservador del instituto) que en el distrito ya mencionado, se está construyendo una vivienda, apreciándose doce columnas de fierro armado, y la obra se está ejecutando sobre una plataforma de muro de piedra de la época prehispánica, lejos de paralizar la obra los acusados continuaron con la obra que es de propiedad de ambos acusados, y que con dicha edificación se ha realizado la remoción del suelo, para la apertura de zanjas y posterior colocación de las columnas, tal como se ha verificado, la obra se encuentra encima del muro del andén, lo que daría lugar al colapso de la inestabilidad

del Andén, al haberse afectado 122.22 metros cuadrados y que la construcción se encuentra sobrepuesta a solo 1.80 metros, lo que afecta de manera grave la estabilidad del muro y posterior colapso del mismo muro de andén prehispánico; apelado que fue la sentencia, en segunda instancia no hubo actividad probatoria; por lo que el Colegiado Superior solo se guio de las pruebas actuadas en el juicio oral de primer grado, señalando que el disvalor del resultado está probado, es decir, hay una afectación al patrimonio cultural de la Nación, debidamente identificado y reconocido por normas nacionales y que lo único que está pendiente es, saber si ambos procesados son propietarios de la edificación, habida cuenta que el señor Fiscal Superior reitero que la edificación corresponde a la acusada Eva Herlinda Hinojosa Sanalia, sin embargo la Primera Sala Penal Superior del Cusco²⁰², señaló que de la valoración de los medios probatorios no hay certeza a quien correspondería la construcción de la edificación y las pruebas actuadas en juicio, al contrario han generado dudas de quien es el propietario de la edificación; por lo que la sentencia en tal extremo debería confirmarse; y señala en cuanto a la reparación civil, que si bien hay absolución de la acusación por insuficiencia probatoria, en cuanto a la naturaleza de la acción civil, ella descansa en el daño causado, de conformidad con el artículo 93 del Código Penal informado por los principios de dispositivo y de congruencia, es que la responsabilidad civil "*ex delicto*", que si no es cuestionada en el monto de la reparación civil fijada en la acusación, el Colegiado Superior no puede modificar, ni alterarla en su magnitud; empero con el informe del perito arqueólogo de la Dirección Desconcentrada de Cultura del Cusco se tiene que con la construcción se ha afectado el sistema de andenerías del sitio Arqueológico de Larapa y Patapata, por lo que debe restituirse las cosas al estado anterior, que se materializó con la demolición de la construcción de los dos pisos edificados en aplicación del artículo 93 del Código Penal y el inciso 3ro del artículo 12 del Código Procesal Penal; confirmaron la sentencia en su extremo absolutorio respecto a la acción penal; pero sobre la acción civil dispusieron la revocatoria, y consecuentemente la devolución del área de Andenes que fue afectado por la construcción, entregándose a la agraviada

²⁰² Balladares Aparicio (presidente de Sala), Sarmiento Núñez y Barra Pineda (Ponente).

dicho predio. Es increíble que, una investigación defectuosa no haya podido determinar quién es el propietario de la edificación, pues si se determinó quien era el propietario del suelo, el propietario del sobre suelo, se presume es propietario de la construcción en aplicación del artículo 955 del Código Civil, aunque tal norma, interpretada en forma sistemática con el artículo 955 del mismo código, el suelo y el sobresuelo pueden pertenecer a propietarios distintos, extremos que no fueron debidamente esclarecidos y ante el daño ocasionado, si bien no se fijó el pago de la reparación civil, sí se estipuló la restitución del área de terreno afectado con la construcción, en tal sentido la sentencia dispuso la demolición de la construcción ilegal de material noble; por tanto, considero que las normas que tienen que ver con la responsabilidad civil “*ex damno*” y sobre la han sido adecuadamente tratados y se ha concedido adecuada “*tutela judicial excepcional*” al existir consecuencias derivadas del hecho punible, responsabilidad civil extracontractual, aun cuando no se ha identificado al autor, pero hay consecuencias que se han producido, siendo evidente el daño con arreglo a la pericia arqueológica por responsabilidad objetiva, aun cuando hay absolución por la insuficiencia probatoria; por lo que se atendió la acción civil.

5.4 APORTES A LA LEGISLACIÓN

Conforme se ha demostrado de los apartados anteriores referidos de la doctrina, de la teoría y desde la jurisprudencia, hay diversos problemas emergentes de la naturaleza jurídica del ejercicio acumulado de la Acción Civil a la Acción Penal conforme al artículo 12 ordinal 3ro NCPP, inclusive desde su nombre adoptado; siendo una institución nueva, cuya naturaleza jurídica comprende a una institución compleja; no es posible solo trabajar con normas aisladas que requieren una labor hermenéutica, que están generando problemas en su aplicación amplia²⁰³, muy a pesar de la postura vinculante

²⁰³ Debe tomarse en cuenta qué, si bien tal institución ha sido recogida por la mayoría de las legislaciones de Sudamérica, todavía hay sistemas que no lo admite, como en último Código del Procesal Penal de Uruguay del 1 de noviembre del año 2017, que exige que la acción penal y acción civil sean perseguidas en cada sede respectiva, precisamente por los problemas de aplicación práctica. Y ello se haya sustentado en doctrina en contra de la tramitación de aquellas acciones en forma conjunta, que generan

señalada por nuestros Excelentísimos Jueces Supremos²⁰⁴; motivo por el cual propongo introducir normas "*lege ferenda*" a las normas ya contenidas en el Código Penal y el Código Procesal Penal y que los hago, siguiendo pautas del derecho comparado (en especial del derecho español); con la finalidad que la responsabilidad civil "*ex damno*" se pueda aplicar con mejores posibilidades, sin incurrir en falta de seguridad jurídica, con pronunciamientos dispares.

Las normas que propongo son las siguientes, habida cuenta que no existen en el Código Penal, ni en el Código Procesal Penal; además de no haber sido consideradas en el Proyecto de Modificación del Nuevo Código Penal²⁰⁵, esas modificaciones deben ser las siguientes:

En el Código Penal:

- **Artículo 94 - A**

"1. La exención de la responsabilidad penal declarada en los números 1°, 2°, 4°, 5°, 7 y 10° del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las siguientes reglas:

1. a En los casos de los números 1° y 2°, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su cuidado, potestad o guarda legal o sea apoyo o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su falta de vigilancia y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa a que hubiera corresponder a los imputables. Los Jueces graduarán de

más problemas en la fundamentación, así tenemos una de las más connotadas, es la postura de Jesús María Silva Sánchez (*In Dret ¿"ex delicto"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal*).

²⁰⁴ En el Acuerdo Plenario No 04 - 2019/CIJ-116 sobre el Asunto: Absolución, sobreseimiento y reparación civil (adoptado el día 10 de septiembre del año 2019) en el fundamento 30 los señores Jueces Supremos dijeron: "*No es obstáculo a todos estos efectos que no existan reglas más precisas en el Código Procesal Penal. Este Cuerpo de Leyes, unido al Código Penal, incorporó dos directivas legales fundamentales: (i) la autonomía de la acción civil frente a la penal; y, (ii) la necesidad de un pronunciamiento expreso sobre la materia. Se reconoce, por tanto, la posibilidad real de que pese a un sobreseimiento o una absolución - en función a los diferentes criterios de imputación del Derecho penal y el Derecho Civil - corresponda imponer una reparación civil*".

²⁰⁵ "El Ministerio de Justicia a través de La Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Política Criminal, pone a disposición de la comunidad en general el Proyecto de Nuevo Código Penal (Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, recaído en los proyectos de Ley N°163/2011-CR y otros de fecha 26 de mayo del 2016) que fuera revisado por el grupo de trabajo conformado con representantes del CONAPOC y con sus aportes trasladado al Congreso de la República mediante informe N°01-2017-JUS/CNPC".

forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.

1. b Son igualmente responsables el que sufre de grave alteración de la conciencia, por anomalía psíquica, ebriedad y el intoxicado; y el que sufre alteraciones en la percepción.

1. c En el caso del numeral 4° y 5° serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio. Cuando las cuotas de que deba responder el interesado, no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización se fijará con arreglo a un peritaje valorativo de daños; en caso de vacío el Juez lo fijará atendiendo a su prudente arbitrio y pruebas actuadas.

1. d En el caso del numeral 10, responderá el autor en la medida de haber causado cualquiera de los daños al que aluden las normas sobre responsabilidad civil extracontractual del Código Civil.

1. e En el caso del artículo 14 y 15 serán responsables civiles los autores del hecho, siempre que el error sea invencible”.

- **Artículo 94 - B**

“En todos los supuestos del artículo anterior, el Juez o Tribunal que dicte sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda”.

- **Artículo 94 - C**

“Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

1º Los padres o tutores o curadores o apoyos, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de catorce años

sujetos a su patria potestad o tutela o curatela o discapacidad y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

2º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria a que hubiera lugar con los propietarios de los medios de comunicación difusor.

3º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

5º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas”.

- **Artículo 94 - D**

“El Estado y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños derivados causados por los hechos con apariencia de delitos dolosos o culposos o de responsabilidad indirecta, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigibles, conforme a las normas de

procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal, la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión resarcitoria, deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”. Ellos mismos pueden responder frente al Estado.

- **Artículo 94 - E**

“El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación”.

En el Código Procesal Penal:

- **Artículo 12.4**

“Cuando el sobreseimiento de la acción penal ocurra en la etapa de investigación preliminar o preparatoria, siempre que se den los presupuestos del inciso anterior, deberá fijarse lo que corresponda a la acción civil, para cuyo caso se podrán utilizar el Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios solo en sus extremos indemnizatorios.”

- **Artículo 12.5**

“Cuando el sobreseimiento de la acción penal ocurra en la etapa intermedia, el juez deberá proceder a continuar con el control de la acusación solo sobre el extremo civil, si hay mérito con arreglo al ordinal 12.3, deberá realizar el control formal y sustancial de la acción civil, de lograrse el control probatorio, deberá dictar el auto de enjuiciamiento y remitir al juez de la causa para que lleve adelante el juicio oral solo sobre el extremo de la reparación civil y demás consecuencias si lo hubiera.”

En el Código de Procedimientos Penales:

- **Artículo 284 – A**

“La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento, no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida cuando corresponda. Para este caso, el juzgador podrá recurrir a integrar sus decisiones con las normas que al respecto regulan la institución en el Código Penal y el Código Procesal Penal, así como el Código Civil supletoriamente.”

CONCLUSIONES

1. Luego de la descripción, registro, análisis e interpretación de la Naturaleza actual del Ejercicio Acumulado de la Acción Civil a la Acción Penal conforme al artículo 12 ordinal 3° del Código Procesal Penal Peruano, corresponde solo y únicamente a la responsabilidad civil “*ex damno*” que comprende la responsabilidad civil extracontractual en sus Teorías subjetiva y objetiva liberado de fracturas causales; podría alcanzar a la responsabilidad civil contractual en ocasiones, por lo que considero que estamos ante un “**sistema trialista**” de responsabilidad; demostrado está que los jueces todavía no están interpretando adecuadamente su competencia “**secundum eventum litis**”.
 2. El ejercicio acumulado de la acción civil a la acción penal, ha tenido denominaciones como la responsabilidad civil “*ex delicto*” (variable independiente) y la responsabilidad civil “*ex damno*” (variable independiente), qué bajo una interpretación adecuada, obliga a pronunciarse primero por la responsabilidad penal y luego, bajo una competencia “**secundum eventum litis**” pronunciarse por la responsabilidad civil, siempre que exista daño (variable dependiente).
 3. Finalmente, estimo que se ha creado indirectamente, **un derecho fundamental auténtico e innominado para la víctima**, de obtener reparación civil cuando el daño se encuentre dentro de las reglas del nuevo código procesal penal – competencia “**secundum eventum litis**” -, como también dentro del código de procedimientos penales de 1940, en el supuesto de existir sentencia absolutoria o sobreseimiento. Sin embargo, llegamos a lograr cumplir con uno de los objetivos específicos, saber si nuestros tribunales, al aplicar las reglas del código de procedimientos penales, no se han atrevido a fijar reparaciones e indemnizaciones en casos de absolución y sobreseimientos, justificando su omisión en no tener una norma expresa que los autorice.
-

RECOMENDACIONES

1. Debemos usar un **“sistema trialista”** de responsabilidad penal subsidiaria dentro del sistema penal; lo cual implica lograr en los abogados, fiscales y jueces, mayores técnicas de litigación oral, dogmática penal y doctrina civil; si bien es cierto que, nuestra Jurisprudencia (léase acuerdos penales y sentencias casatorias); aborda el tema de la acumulación de la acción civil a la acción penal, la naturaleza jurídica y los alcances de la institución de ésta investigación, son mucho más problemáticos, se precisa enfrentar éste problema, mediante el dictado de cursos intensivos de teorías de aquel sistema, juntamente con lo que la jurisprudencia establece.
2. Sugiero el dictado de normas, para que bajo *“lege ferenda”* no se dejen incontestadas las pretensiones, que sobre la acción civil que se pueden reclamar desde el **Código de Procedimientos Penales de 1940**, habida cuenta de qué en el país, todavía no se han agotado la carga procesal que corresponde al viejo código; por lo que nadie debe quedarse sin la indemnización, que le corresponde por ley y justicia.
3. La jurisprudencia en todo caso, deberá precisar el Acuerdo Plenario No 4 – 2019, en el sentido que el requisito del nexo no solo se hable de *“causalidad”* sino que se requiere una **“causalidad adecuada”**, que más que una causalidad natural, se requiere de una causalidad jurídica, que implica una búsqueda más allá de las teorías de la equivalencia de condiciones, de la causa más próxima, de la causa eficiente, generando una causa de imputación adecuada o dinámica que repare los daños e indemnice integralmente a la víctima, logrando la concreción de un derecho fundamental.

EL AUTOR.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMENTA DEU, T. *“El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”*, Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, núm. 13, 1997.

ARNAIZ SERRANO, Amaya. *“Las partes Civiles en el Proceso Penal”*. Valencia 2006.

BRAMONT ARIAS, Luis. *“Código Penal” Comentado*.

Código Civil Peruano de 1852. Edición Oficial. Imprenta del Gobierno. Por Eusebio Aranda

Código de Enjuiciamientos en Materia Penal. Lima. Edición Oficial. Imprenta, Calle La Rifa, 58, 1862.

Código Penal. 1ra. Edición La Paz, Bolivia. Ediciones Cabeza de Cura, 1999.

Código de Procedimiento Penal. Ley No 1970. U.P.S. Editorial S.R.L., La Paz. Bolivia. junio 2007.

Código Procesal Penal, Edición Oficial del publicado en Separata Especial del diario Oficial El Peruano del día Sábado 27 de abril de 1991.

Código Procesal Penal Italiano.

CONDE PUMPIDO FERREIRO. *"El impacto de la victimología en el proceso penal: Derechos de la Víctima y principio de oportunidad"* En el libro Homenaje a Ruiz Vadillo, Madrid 1999.

DE GASPERI, Luis y MORELLO, Augusto. *"Unificación de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual"* de TRATADO DE DERECHO CIVIL. Tomo IV, Editora Argentina, Buenos Aires. 1964.

DEOBOLD B. VAN DALEN Y WILLIAM J. MEYER. En *"Estrategia de la investigación descriptiva"*. Manual de Técnica de la Investigación.

DEL RIO LABARTHE, GONZALO. "La Acción Civil En el Nuevo Proceso Penal".

DIEZ-PICAZO, L. "El Problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictiva en el Derecho Español", RIDC, núm. 19, julio-diciembre, 1962, p. 59/69.

ESPINO PÉREZ, Julio. Código Penal. Concordancias 7ma Edición. Exposición de Motivos del Código Penal de 1924. Edit. Cuzco. Lima 1988.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Segunda edición. Lima, Perú Gaceta Jurídica S.A. 2003.

FERROJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Editorial Trotta. 1998.

FONT SERRA, "Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal", RJV, núm 4, 1988.

FLORIAN, Eugene. "Elementos, "Elementos de derecho procesal penal". Volumen I. Editorial Jurídica Universitaria. México 2001.

GALVEZ VILLEGAS, Tomas. "Responsabilidad Civil Extracontractual y Delito". Tesis Doctoral de la UNMSM. Lima 2008.

GARCÍA CAVERO Percy. "La Naturaleza y Alcance de la Reparación Civil: A propósito del Precedente Vinculante establecido en la Ejecutoria Suprema R.N. 948-2005 Junín". Revista: ITA IUS ESTO IIE.

GARCÍA RADA, Domingo. "Manual de Derecho Procesal Penal". Sexta Edición. Lima 1980. Tipografía Sesator.

GÓMEZ COLOMER, J.L. "Derecho Jurisdiccional, III. Proceso Penal, AAVV, Valencia, 2001.

GOMEZ ORBANEJA, Emilio. "*Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882*", tomo II, volumen II, Barcelona, 1951.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Robert y otros. "Metodología de la investigación". Tercera Edición. México. 2003

HORVITZ LENNON, María Inés. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile Julio 2005.

HUBER "*Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad*". ADPCP, 1994.

HURTADO POMA, Juan Rolando. "Teoría y Práctica de Los Acuerdos Reparatorios y Justicia Restaurativa en el nuevo Proceso Penal". Editorial GRIJLEY. Lima 2011.

HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal". Parte General I. Tercera Edición. Lima 2005.

HURTADO POZO, José. "La Ley Importada". Editorial Cedys, Lima 1979.

JALDO RUIZ – CABELLO, José Antonio. “La determinación de la Responsabilidad Civil y Contable por delito Económico en el Ámbito Militar”. Revista Española de Derecho Militar 98, Semestre julio a diciembre de 2011.

JIMENEZ ASENJO. “Derecho procesal penal, t. II, Madrid s/f.

LARRAURI PIJOAN, “*La reparación*”, en *Penas alternativas a la prisión*, J. Cid Moliné y E. Larraruri Pijoan, Barcelona, 1997.

MEDINA OTAZU, Augusto ¿Vamos hacia un Derecho Penal Reparador?. Análisis del inciso 3ro del artículo 12 del Código Procesal Penal. Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Lima.

MONROY GALVEZ, Juan. “Introducción al Proceso Civil”. Tomo I. Editorial Temis. Colombia. 1996.

MONTERO AROCA, Juan. “Proceso Penal y Libertad” Ensayo Polémico sobre el Nuevo Proceso Penal” Thomson, Civitas 2008, p. 351 y 352

ORTELLS RAMOS, M. Derecho Procesal Civil, Navarra, 2000

PALACIOS MELÉNDEZ, Rosario: “Reparación civil y Proceso Penal. ¿Segunda Victimización?”, en Revista Actualidad Jurídica, Tomo 133, Gaceta Jurídica Editores, diciembre 2004.

PANTALON PRIETO, “*Perseverare diabolicum*” (¿otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?), Jueces para la Democracia 19, 2/ 93.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. Editorial Rodhas. Lima 2007.

PEÑA CABRERA, Raúl. “Tratado de Derecho Penal”. Estudio programático de la parte general. 3ra edición. Editorial Grijley. Lima 1997.

QUINTANO RIPOLLÉS, "La acción tercera" o "cuasi criminal", propia de la llamada responsabilidad civil dimanante de delito", RDPv. 1946, t. XXX, núm 357, diciembre.

RAMOS MENDEZ, ob. cit.: "La tutela de la víctima en el proceso penal", Justicia, 1995, núm. III-IV.

ROY FREYRE, Luis Eduardo. En: "Causas de la Extinción de la Acción Penal y de la Pena". Editorial Grijley. Lima 1997

RUIZ VADILLO, E. "Comentario al artículo 20 del Código Penal. Responsabilidad Civil", en Comentarios a la a la legislación Penal, t, V, Vol. 1, La Reforma del Código Penal de 1983, Madrid 1985.

ROXIN, Claus. "Derecho Penal" Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Edit. Civitas. eda Edición Alemana. 1997.

SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Editorial Grijley. Lima 1999

SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Lima 2015.

SERRANO BUTRAGUEÑO "La responsabilidad civil derivada del delito".

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María InDret. ¿"ex delicto"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal. Barcelona, julio de 2001.

TORRES GUILAR, Manuel. "Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano". Diputación de Córdoba, Universidad de Córdoba 2005

TUMARIT SUMALLA, Josep. "Victimología, Justicia Penal y Justicia Restauradora". Editorial Grupo Ibañez. Bogotá 2006.

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La Responsabilidad extracontractual". Vol. IV - Tomo I. Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 2005.

UGGO ROCCO. "Derecho Procesal Civil". Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil". Volumen I. Editorial Jurídica Universitaria. México 2008. P.154/162.

VÁSQUEZ SOTELO, J.L. "El ejercicio de la acción civil en el proceso penal", CDJ, XVIII, mayo, 1994.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio y los Profesores Adjuntos Alejandro Alagia y Alejandro Slokar de la Universidad de Buenos Aires en Derecho Penal, en su Edición Derecho Penal Parte General en Buenos Aires, Argentina, Segunda Edición, Editora Ediar, Año 2002.

PAGINAS WEB:

- Página: <https://guías.jurídicas.wolterskluwer.es>
 - página web: <https://www.yorokobu.es/adiccion-al-sexo/>
 - Ver web: sisbib.unmsm.edu.pe › *BibVirtual* › *Tesis* › *Human* › *Paredes_V_C* › *cap5*
 - página web: <https://www.monografias.com> › *trabajos44* › *derecho-penal-accion2*
 - www.cienciaspenales.org/revistas.htm. p 1/20.
 - <file:///C:/Users/user/AppData/Local/Temp/Ventanilla+Judicial-Primera+Edición.pdf>.
 - <https://miasesorde tesis.com/como-hacer-la-formulacion-del-problema-de-investigacion/>
-

ANEXOS

JURISPRUDENCIA ANALIZADA

- Causa No 2244 – 81 procedente de Lima. Publicado en el diario Oficial El Peruano del día 25 de enero del año 1982, PAG. 416 y 417. Sentencia que se haya rubricada por los Vocales Supremos Barrós C., Ganoza y G, Flores A., Bramont A. y Ugarte del Pino.
 - Causa No 2244 – 81 procedente de Lima. Publicado en el diario Oficial El Peruano del día 8 de febrero del año 1982, p. 447. Sentencia que se haya rubricada por los Vocales Supremos Doig, Gálvez V., Vasallo Ch., Ugarte del Pino y Delgado V.
 - Exp. No 00695-2007-PHC/TC,
 - Exp No 5589-2006-PHC/TC y
 - Exp. No 3953-2004-HC/TC
 - RN. No 4885-2005 procedente de Arequipa su fecha 17 de febrero del año 2006.
 - Acuerdos Plenarios Nos 5/99 del 20 de noviembre del año 1999 del Pleno Jurisdiccional de los Vocales Superiores del área Penal de los Distritos Judiciales de la República.
 - Acuerdo Plenario No 6 – 2006/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema del 13 de octubre del año 2006.
 - Acuerdo Plenario No 5 - 2008 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema del 18 de Julio del año 2008, fundamentos 24 y 25.
 - Casación No 3824-2013 - Ica, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en fecha del día 2 de marzo del año 2015).
 - Casación No 4638 - 2006 - Lima, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en fecha del 18 de julio del 2008.
 - Expediente N° 1428-2002-HC/TC (fundamento 2).
 - Expediente No 02825 – 2010 PHC/TC.
-

- Expediente 00695-2007 PHC/TC.
 - Expediente 5589-2006 PHC/TC.
 - Expediente 3953-2004 PHC/TC;
 - Expediente 1428-2002 PHC/TC.
 - Casación No 564 – 2010 procedente de Moquegua, Indemnización por Daños y Perjuicios. Publicado en el diario Oficial El Peruano del día 2 de enero del año 2012, p. 325. (...) Fundamento Tercero.
 - Casación No 3824 – 2013-Ica la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema Fundamento Octavo.
 - Tercer Pleno Casatorio Civil (2010), sobre Indemnización en el Divorcio por Causal de Separación de Hecho (Casación N.º 4664-2010–Puno).
 - Casación No 3824 – 2013 – Ica.
 - Recurso de Nulidad N° 3053-2014 procedente de Puno, caso contra Andrés Choquehuanca Huanca dictada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.
 - Sala Penal Transitoria en el Recurso de Nulidad 1377-2014 (teniendo como ponente al Vocal Salas Arenas, y como integrantes de la Sala a los Jueces San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Pariona Pastrana y Príncipe Trujillo).
 - Ejecutoria del 17 de agosto de 1940, Revista de los Tribunales 1940, p. 382. *"No cabe dentro de la sentencia que declara la prescripción de la acción penal, fijar reparación civil porque ésta es consecuencia necesaria de la condena"*.
 - Ejecutoria del 17 de diciembre del año 1965 Revista de Jurisprudencia Peruana 1966, p 126. *"Declarada prescrita la acción penal, procede la civil de indemnización por acto ilícito, estando obligados los demandados a devolver la cantidad apropiada así como a pagar los gastos efectuados para poder establecer su responsabilidad."*
 - Recurso Nulidad No **3527-2008** procedente de Lima por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema que declaró la prescripción en un proceso seguido contra Juan Carlos Martín Alberto José Hurtado de Assín e Isaías Alberto Escalante Figueroa por el Delitos de Asociación
-

ilícita para delinquir y Colusión desleal en agravio del Estado no se pronunció por la acción civil.

- Recurso de Nulidad No **238-2009** procedente de Puno por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró la prescripción de la acción a favor de Miguel Coila Roque, Zenón Colquehuanca Churata y Hermilio Jorge Calisaya Castillo procesado por los delitos de Omisión de actos funcionales y Peculado por extensión en agravio de Esteban Mamani Huanca y el Estado tampoco hubo un pronunciamiento por atender a la acción civil.
 - Auto de sobreseimiento por prescripción recaído en el Expediente No 4430-2008 dictada por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria a cargo del Juez Giammpol Taboada Pilco, que dictó el sobreseimiento a favor del procesado Segundo Gonzales Polo por la comisión del delito de lesiones leves en agravio de Dennys Guzmán Mendoza quien fue lesionado en la cara y oreja con cortes que decretaron lesiones de 20 por 20; por lo que la omisión en el pronunciamiento sobre la acción civil es manifiesto, salvo que el agraviado no se hubiera constituido en actor civil, hecho éste que desconocemos. De: Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal-Ministerio de Justicia. Impreso por Representaciones Generales 2000 SAC. En: Jurisprudencia Nacional Código Procesal Penal Tomo I. pág. 184.
 - Expediente No 013 – 96 – I/TC procedente de Lima, en fecha del 28 de abril del año 1997.
 - Casación No 1318-2016 procedente de Huancavelica, Considerando Tercero (publicado en las Separatas de Sentencias en Casación del diario oficial El Peruano del día 2 de mayo del año 2017, p. 91654).
 - R. N. N.º 1377-2014 procedente de la Sala Penal Transitoria Lima, recurso de nulidad formulado por Víctor Alberto Cotaquispe Valerio, como ponente en la decisión el señor Salas Arenas.
 - Sala Penal Transitoria. R. N. No 1377-2014 Lima, 9 de julio del año 2015, Fundamentos 2 y 3.
 - Sala Penal Permanente de la República de Justicia En el Recurso De Nulidad N.º 2145-2018, procedente de Lima Norte, fundamentos 12.
-

- Sala Penal Transitoria de La República de Justicia. Recurso de Nulidad 910-2018 - Lima Este, sobre la Legítima Defensa.
 - La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad No 4009-2011 procedente de Junín, considerando Cuarto.
 - La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad No 4009-2011 procedente de Junín, considerando Quinto.
 - La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el R. N. No 2312 - 2015 procedente de Lima, fundamento 3ro.
 - Exp. No 1866-98 del 17 de junio de 1998, en Rojas Vargas, 1999 a. p.155 s
 - Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el R. N. No 2649-2012 procedente de Lima (causa leída el día 21 de enero del año 2013, absolvió a Orlando Álvarez Jaimes por el delito contra la Tranquilidad Pública – Terrorismo, en agravio del Estado.
 - La Sala Permanente de la Corte Suprema en el R.N. N°1055-2014, Procedente de LIMA (Causa Publicada el 13 de octubre 2015) sobre la condición de que el miedo debe ser insuperable.
 - Sentencia de la Sala Penal Transitoria, del día 9 de junio del año 2004, no publicado, en el dictamen de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal se planteaba solo la nulidad de la sentencia por razones formales. Exp. No 122-22. CS No 975-2004-09-28, dictamen No 813-2004-FSP-MP-FN.
 - La Sala Penal Permanente, teniendo como ponente al Vocal Supremo doctor César San Martín Castro, en la Casación No 950-2018 procedente de Tumbes.
 - Corte IDH Caso Zambrano Vélez y otros vs Ecuador; y el caso Penal Miguel Castro Castro vs Perú.
 - Ejecutoria Suprema del 4 de noviembre de 1994, Recurso de Nulidad No 1189-2003, Cono Norte de Lima. En Pérez Arroyo, M 2006. La Evolución de la jurisprudencia en el Perú (2001-2005). tomo II. Lima. Iuris Consulti. Editorial San Marcos. p. 876.
 - Otro caso es uno de homicidio culposo que comenzó en el año 2005, y la Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente
-

en el R.N. N°844-2009, JUNÍN, en fecha del día 03 de marzo del año 2010 declaró **HABER NULIDAD** en la misma sentencia en el extremo que condenó a MARÍA ROSARIO TÉLLEZ CORDERO por delito contra la vida, el cuerpo y la salud – homicidio culposo- en agravio de D.E. a dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de un año y fijó en treinta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de los familiares de la agraviada en forma solidaria con el Tercero Civilmente Responsable “Hospital Félix Mayorga Soto.

- Casación No 1535-2017/Ayacucho (leída el día 26 de septiembre del año 2018). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema
- Acuerdo Plenario No 4 - 2019. del 10 de septiembre del año 2019. Sobre la Acción Civil y su naturaleza.

(La muestra analizada en jurisprudencias constan de cuarenta y ocho sentencias, de las Salas Penales Supremas y Superiores)

Matriz de consistencia

PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	INDICADORES	RECOLECCIÓN DE DATOS	SISTEMA METODOLÓGICO
SECUNDARIO ¿Cuál ha sido la evolución histórica de la acción civil en el proceso penal peruano?	GENERAL Describir y explicar la evolución histórica de la acción civil en el sistema penal		“Teoría de la Causalidad Adecuada” (1) o directa o inmediata (2)	La unidad de análisis siempre serán decisiones judiciales emitidas por Jueces	Tipo de la Investigación Pura o dogmática
SECUNDARIO ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la acumulación de la acción civil a la acción penal en el proceso penal?	GENERAL Comprender la naturaleza jurídica de la acumulación de acciones en el sistema penal del VCPP y el NCPP.	INDEPENDIENTE La acción civil ejercitada de forma acumulada a la acción penal, dentro del proceso penal, bajo una competencia “ <i>secundum eventum litis</i> ”	Responsabilidad civil extracontractual (Teoría Subjetiva, Objetiva, fracturas causales)	Recopilación de las Sentencias y Acuerdos de la Corte Suprema en pleno o por cada Sala Penal Suprema.	El nivel es descriptivo, retrospectivo, longitudinal y correlacional entre las variables dependiente e independt.
PRINCIPAL ¿Cuál debe ser la interpretación adecuada de la acumulación de la acción civil a la acción penal en el proceso penal?	ESPECÍFICO Lograr la interpretación adecuada de la acción civil dentro de la competencia “ <i>secundum eventum litis</i> ” en el NCPP y en el VCPP	DEPENDIENTE Interpretación adecuada de la acumulación de la acción civil a la acción penal, y de la responsabilidad civil “ <i>ex damno</i> ” (reparación civil)	Responsabilidad contractual (Teoría del incumplimiento por dolo, culpa grave o culpa leve, fracturas causales)	Recurrencia a los archivos digitales de las Cortes Superiores de Huaura y del país.	El diseño de la investigación es no experimental se analizarán datos de las resoluciones judiciales “mixtas”
PRINCIPAL ¿Cuál sería la modificación bajo “ <i>lege ferenda</i> ” para lograr una adecuada acumulación de la acción civil a la acción penal?	ESPECÍFICO Plantear las normas, que bajo “ <i>lege ferenda</i> ” se necesitan, para lograr la interpretación de la acción civil “ <i>ex damno</i> ” en el proceso penal		De la acumulación heterogénea de acciones, de la contingencia, fundamentos y Derecho F	Compilación de sentencias y/o autos de los Juzgados Colegiados, Unipersonales de la CSJ de Huaura	La técnica por tanto será la observación como instrumento de análisis de las diversas resoluciones judiciales “ <i>mixtas</i> ”

