

## EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA REPARACION CIVIL PROVENIENTE DEL DELITO

Tomás Aladino Gálvez Villegas

**Sumario:** I. El Ministerio Público. A. Funciones del Ministerio Público. B. Actuación del Ministerio Público en el proceso penal. 1. Pretensiones que se pueden ejercitar en el proceso penal. a) Pretensión punitiva. b) Pretensión resarcitoria. c) Pretensión de decomiso. d) Pretensión anulatoria. e) Pretensión contra las personas jurídicas. f) Pretensiones cautelares. 2. Pretensiones y actuaciones a cargo del Ministerio Público vinculadas a la reparación del daño. II. La reparación civil. A. Naturaleza jurídica. 1. Naturaleza privada de la pretensión discutida en la acción civil resarcitoria. 2. El resarcimiento como sanción jurídico penal. B. Titulares del ejercicio de la pretensión resarcitoria. 1. Ejercicio de la pretensión resarcitoria por el Ministerio Público. 2. Ejercicio de la pretensión resarcitoria por la acción civil. C. Determinación del monto de la reparación civil. 1. Valuación del daño material o patrimonial. 2. Valuación del daño moral o extrapatrimonial. D. Ejecución de la reparación civil.

## **I. EL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público, tal como actualmente es conocido en el derecho continental europeo y en América Latina, es resultado de una larga evolución, en estrecha relación con la consolidación de la defensa pública de la legalidad y el tránsito de la acción popular, relacionada con el modelo acusatorio puro o clásico, al procedimiento de oficio<sup>1</sup>.

En la actualidad, el Ministerio Público es un organismo autónomo y jerárquicamente organizado, titular único del ejercicio público de la acción, así como la conducción de la investigación del delito. En el marco del nuevo modelo procesal, plasmado en el CPP de 2004, es de esperar que se vaya delineando un Ministerio Público moderno, fuerte, vigoroso y a la altura de las circunstancias impuestas por el rol protagónico que le corresponde en el modelo acusatorio adversativo<sup>2</sup>. Sin embargo, algunos sostienen, no sin razón, que el nuevo código, lamentablemente, «no es consecuente con la necesidad de fortalecer al Ministerio Público»<sup>3</sup>, en la medida en que se ha mantenido, en la tercera disposición complementaria y final, la vigencia de aquellas normas que mediatizan la titularidad del ejercicio de la acción penal, otorgando a instituciones, como por ejemplo la SUNAT (cuando se trata de delitos tributarios) la facultad de calificar la naturaleza de la conducta imputada.

En síntesis, se puede definir al Ministerio Público como un organismo constitucionalmente autónomo, al servicio de la sociedad y de la administración de justicia, que defiende la legalidad, los intereses públicos, la independencia de los órganos jurisdiccionales, así como la recta administración de justicia, con lo que se busca fortalecer el Estado social y democrático de derecho.

### **A. Funciones del Ministerio Público**

Entre las funciones del Ministerio Público, integralmente considerado y de acuerdo a la Constitución y su ley orgánica, deben mencionarse, fuera de las que la Constitución y las leyes le asignen:

- a) Defender la legalidad, de los derechos fundamentales de las personas y de los intereses públicos tutelados por el derecho, así como los intereses difusos.
- b) Velar por la prevención del delito.

---

1 Flores Prada, 1999, pp. 3 y 37.

2 Duce, 2005, p. 96.

3 Burgos Mariños, 2005, p. 55.

- c) Ejercer el monopolio de la acción penal, de oficio o a petición de parte.
- d) Dirigir desde el inicio la investigación del delito, contando con el apoyo de la Policía Nacional del Perú, obligada a cumplir sus disposiciones.
- e) Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y la recta administración de justicia.
- f) Defender a la familia, niños, adolescentes e incapaces, ausentes, así como el interés social.
- g) Representar a la sociedad en los procesos judiciales.
- h) Velar por la reparación civil del delito.
- i) Velar por la privación del patrimonio criminal a los agentes del delito y eventuales terceros.
- j) Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que determine la ley.
- k) Ejercer iniciativa en la elaboración de las leyes en las materias que le son propias.

## **B. Actuación del Ministerio Público en el proceso penal**

### ***1. Pretensiones que se pueden ejercitar en el proceso penal***

El proceso judicial es el *instrumento* del cual se vale el Estado (y el ordenamiento jurídico) para atender y resolver los conflictos que requieran de un pronunciamiento jurisdiccional. De modo que, como refiere Montero Aroca, el proceso debe ser concebido, desde una doble perspectiva, como el instrumento por medio del cual el Poder Judicial cumple las funciones que le están atribuidas constitucionalmente y como instrumento puesto a disposición de todas las personas para lograr la tutela judicial efectiva<sup>4</sup>.

El proceso judicial viene a ser el conjunto de actuaciones judiciales o fiscales desarrolladas conforme a normas constitucionales y legales, a través del cual se atienden y resuelven las pretensiones contenidas en la correspondiente acción judicial interpuesta por los respectivos sujetos procesales (demandantes,

---

<sup>4</sup> Montero Aroca afirma: «No asegura solo una mera posibilidad de acceso de toda persona a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también el derecho a obtener la tutela efectiva de aquellos órganos, sin que deban producirse situaciones de indefensión [...]. El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos (...), el derecho a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiera lugar a ello, por el daño sufrido» (1994, pp. 23, 262 y ss.).

demandados —cuando contra demandan—, el Ministerio Público, etc.). A través del proceso, se expresa el órgano judicial concretando la jurisdicción soberana del Estado. Cuando la pretensión contenida en la acción judicial y que da inicio al proceso es la pretensión punitiva del Estado en contra del presunto agente de un delito, se trata de un proceso penal.

En general, en los otros procesos (por ejemplo, civiles, laborales, comerciales, constitucionales, contencioso administrativo), se ejercita y ventila un solo tipo de pretensiones (aun cuando estas pueden ser diversas), además de las pretensiones cautelares orientadas a asegurar la efectividad de lo que se resuelva en definitiva. Por el contrario, en el *proceso penal* se pueden ejercitar varias pretensiones de distinta naturaleza; pero respetando sus propios presupuestos o mecanismos de ejercicio, acreditación, resolución y ejecución.

Esto se debe a que la comisión del delito genera tanto un conflicto social, que trasciende la simple esfera privada de los sujetos concernidos, comprometiendo intereses públicos que determinan el reproche penal en contra del agente del delito, como un daño al agraviado en particular, dando nacimiento a la pretensión resarcitoria de este y orientada a obtener la justa reparación por el perjuicio causado. Además, el delito también genera el llamado «patrimonio criminal», que amerita el correspondiente decomiso a fin de privar a los agentes delictivos de dicho producto y de este modo evitar la multiplicación de la cadena delictiva, la generación de impunidad o el lavado de activos, que son los efectos naturales del uso de estos «patrimonios criminales». Igualmente, las acciones delictivas pueden realizarse recurriendo a la organización de personas jurídicas, por lo que es indispensable accionar contra estas imponiéndoles la medida preventiva correspondiente.

En tal sentido, en el proceso penal pueden ejercitarse: la pretensión punitiva, resarcitoria, de decomiso, contra las personas jurídicas, de nulidad y de orden cautelar.

#### a) Pretensión punitiva

Cuando se lesiona o pone en peligro bienes jurídicos, surge el derecho del Estado a imponer la correspondiente sanción penal al agente de la infracción (delito o falta); es decir, el *ius puniendi* estatal. Este legitima la imposición de la pena correspondiente por medio de los respectivos organismos y a través del respectivo proceso judicial. Para ello, previamente, será necesario determinar la dañosidad social de la conducta<sup>5</sup>, la culpabilidad del agente y el merecimiento, así como la

---

5 Urquizo Olaechea sostiene: «La dañosidad social deberá entenderse como regla de minimización del uso de las posibilidades penales, en este sentido se excluye del ámbito penal, hechos exclusivamente inmorales [...]». La dañosidad social como criterio de minimización del uso del

necesidad de pena<sup>6</sup>. Esto implica que, mediante la pena, el ordenamiento jurídico busca satisfacer un interés social público que trasciende el simple interés particular o individual.

El *ius puniendi* estatal da contenido a la pretensión que se ejercita mediante la acción penal y desencadena el proceso penal orientado a imponer la pena; la misma que, como se sabe, tiene fines eminentemente preventivos (tanto generales como especiales) y resocializadores.

El Estado, en su calidad de titular del *ius puniendi*, lo ejercita a través del Ministerio Público, órgano especializado que no solo está facultado, sino obligado a ejercitar la acción penal para concretar la pretensión punitiva en contra del agente del delito. Excepcionalmente, se faculta al propio ofendido para ejercitar la acción penal, en casos en que se considera que no se ha afectado propiamente un interés público o, en todo caso, que el interés privado resulta más importante (supuestos de ejercicio privado de la acción penal, por ejemplo, en caso de los delitos contra el honor).

En este sentido, el fin de la pretensión y acción penal es sancionar al agente del delito mediante la imposición de la pena, en satisfacción del interés público afectado con la comisión del delito.

La *acción penal* es el instrumento jurídico a través del cual se ejercita la pretensión punitiva y se realiza el derecho subjetivo del Estado —potestad punitiva— de aplicar (por la autoridad y con las garantías del poder jurisdicción) las sanciones jurídicas necesarias para la defensa y el mantenimiento del orden social y de la convivencia pacífica de los ciudadanos<sup>7</sup>.

---

instrumental penal se orienta a valorar conductas que en plano material efectivamente lesionan la posición del sujeto, de la sociedad y de las instituciones, es decir que nos afecta a todos. No resultan dañosas socialmente aquellas conductas que por su naturaleza puedan ser absorbidas por otras áreas del derecho o puedan ser superadas en forma distinta a la penal» (1998, p. 827).

6 Urquiza Olaechea afirma «El merecimiento de protección jurídico penal tanto como la necesidad de la pena condicionará la existencia de los tipos penales [...] La necesidad de pena determina que un objeto valorado, pasado por el tamiz de la dañosidad social y el merecimiento de pena por razones de utilidad afirma la sanción como recurso final [...] La necesidad de pena presupone el merecimiento de pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penado, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos afflictivo» (1998: pp. 829 y 832).

7 Cuando se concurre al órgano jurisdiccional buscando la aplicación de la pena, nos encontramos ante el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado (*ius puniendi*). Se denomina acción penal al acto por el cual, sea el ofendido o el representante del Ministerio Público, hacen efectivo el derecho de activar los órganos jurisdiccionales penales, apuntando a la satisfacción de una pretensión. Según De Araujo Cintra, Pellegrini Grinover & Dinamarco: «La jurisdicción está inerte, para su movimiento, exige la provocación del interesado» (1992, p. 57).

El *ius puniendi* estatal (a diferencia de otros derechos), así como los derechos de los particulares, tiene un período de vigencia al cabo del cual se extingue tanto la pretensión punitiva como la acción penal. De esta manera se diferencia de la acción civil, respecto a la cual puede extinguirse la acción, pero quedar vigente el derecho. Mientras que en el caso de la acción penal, si esta se extingue, también caduca el derecho del Estado. Esto explica por qué, en el derecho civil, se puede pagar válidamente una obligación cuya acción se ha extinguido (no constituye pago indebido). En cambio, una vez extinguida la acción penal, no se puede imponer la pena, aunque el imputado manifieste renunciar a la prescripción liberadora.

En conclusión, la principal pretensión que se ejercita en el proceso penal, con la que se da inicio al proceso, es la *pretensión punitiva*. Habrá proceso penal solo si esta es ejercitada. Las demás pretensiones podrán insertarse en el proceso solamente si este ya se ha iniciado<sup>8</sup>. En este caso, será el Ministerio Público el que ejercite, delimite y acredite la pretensión punitiva, correspondiendo al órgano jurisdiccional resolver lo que corresponda y ejecutar lo resuelto.

#### b) Pretensión resarcitoria

Cuando con la comisión del delito se ataca o lesiona un bien jurídico particular, surge por un lado la pretensión punitiva del Estado y, por otro, la pretensión del particular para que se le repare por el daño sufrido. Esta última pretensión será satisfecha mediante la atribución de *responsabilidad civil* en el proceso penal. De este modo, se determinará la obligación del agente del delito o tercero civil de reparar el daño y, simultáneamente, determinará el derecho del afectado a obtener una debida reparación<sup>9</sup>. Esta reparación puede lograrse por vías extrajudiciales o mediante la correspondiente acción civil ante el órgano jurisdiccional, en la vía civil o en la penal; pero en ambos casos se aplicará los elementos y principios propios de la responsabilidad civil.

Como quiera que se trata de la afectación de un bien de interés particular, como toda obligación de contenido privado, el ejercicio del derecho al cumplimiento de dicha obligación queda sujeto a la libre voluntad y discrecionalidad del titular del bien afectado, quien decidirá en definitiva si solicita o no la reparación. De ejercitar la pretensión resarcitoria, este tiene la obligación de acreditar su legitimidad para obrar, el contenido de la pretensión (existencia del daño, su entidad y magnitud), así como a buscar la ejecución de la obligación resarcitoria una vez amparada por

---

8 Salvo que se trate de la pretensión asegurativa, en cuyo caso puede iniciarse el proceso penal especial sin el ejercicio de la pretensión punitiva.

9 De Gasperi, 1964, p. 3.

el juez. Asimismo, puede transar, desistirse de la pretensión o recurrir a cualquier forma de extinción de las obligaciones.

Así, los fines de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil difieren notoriamente, ya que la primera persigue la imposición de la sanción penal y la responsabilidad civil, por el contrario, persigue únicamente la reparación del daño ocasionado por la conducta infractora; es decir, busca restituir las cosas al estado en que se encontraban antes de que se perpetrara el hecho dañoso o en el que se encontrarían si es que no se hubiese producido tal hecho<sup>10</sup>. El titular de la pretensión resarcitoria es el agraviado por el delito, comprendiéndose a los directamente perjudicados por la acción delictiva, a sus sucesores en caso de que fallecieran; así como a los accionistas, socios, asociados o miembros de las personas jurídicas. También se reconoce esta calidad a los agraviados, a las asociaciones sin fines de lucro, en los casos en que se afecten intereses colectivos o difusos (artículo 94 del CPP). En general, será titular de esta pretensión quien, conforme a la ley civil, esté legitimado para reclamar la reparación, tal como lo establece el artículo 98 del referido cuerpo procesal, incluyendo al propio Estado. En este sentido, corresponde a las personas anotadas el ejercicio de la pretensión resarcitoria en el proceso penal<sup>11</sup>.

En los casos en que, concurriendo el agraviado al proceso penal, se reserva el derecho de utilizar la vía civil, transa con el obligado respecto a la obligación resarcitoria o se desiste de la pretensión ya ejercitada, esta pretensión dejará de constituir objeto del proceso penal y no habrá pronunciamiento al respecto en la sentencia o resolución final.

La pretensión resarcitoria se ejerce formalmente en el proceso penal con la llamada constitución de parte o actor civil, conforme a los artículos 98 y ss. del nuevo CPP, debiendo observarse subsidiariamente lo dispuesto en el CPC. La constitución en parte civil debe producirse antes de la culminación de la investigación preparatoria.

---

10 Aun cuando existen criterios de autores importantes que también le asignan a la reparación civil fines similares a los de la pena e inclusive la consideran como una sanción jurídico penal. Cfr. Silva Sánchez, 2000b, pp. 213 y ss.; el mismo Silva Sánchez, 2000a, pp. 71 y ss.; y Roxin, 1997, pp. 108 y ss.

11 Sin embargo, de modo subsidiario, puede ejercitar la pretensión resarcitoria en el proceso penal el representante del Ministerio Público, cuando por alguna razón no pudiese ejercitarla el agraviado o cualquiera de las personas anotadas precedentemente. No obstante, si el perjudicado se constituyera en actor civil —esto es, si llegara a ejercitar la pretensión—, cesa la legitimación del Ministerio Público respecto a la pretensión resarcitoria.

c) Pretensión de decomiso

El delito no puede ser fuente de adquisición de derechos reales, sobre todo del derecho de propiedad. Desde Beccaria<sup>12</sup> se ha sostenido la necesidad de privar al agente del delito o a eventuales terceros del producto del delito (patrimonio criminal)<sup>13</sup>. De esta manera, no se reconoce al imputado derecho de propiedad sobre los efectos y ganancias del delito<sup>14</sup>. Incluso, se desconoce tal derecho sobre bienes que han sido usados como medios o instrumentos para cometer el delito. En tal sentido, se establece en los códigos procesales el decomiso o «confiscación» de los instrumentos, efectos y ganancias del delito<sup>15</sup>.

Entendemos por *comiso* o *decomiso* la pérdida de los efectos, ganancias e instrumentos de la infracción punitiva o de otros bienes establecidos en la ley y el correlativo traslado directo e inmediato de la titularidad de los mismos a favor del Estado<sup>16</sup>. Pérdida que es dispuesta por autoridad jurisdiccional mediante un debido proceso. Sin embargo, hay que tener en cuenta la existencia del llamado *comiso administrativo*, impuesto en calidad de *sanción administrativa* a los autores de infracciones no constitutivas de delito, como el previsto en la ley de delitos aduaneros 28008, en las normas municipales y en, por ejemplo, las relativas a la defensa de la propiedad intelectual. Su imposición compete a la autoridad aduanera, las municipalidades y el Indecopi, respectivamente.

El titular de la pretensión de decomiso es el Estado, quien puede ejercitarla a través del fiscal. Sin embargo, cualquier autoridad que conozca de la existencia de efectos o ganancias del delito está obligada a informar al fiscal competente para que ejercite la pretensión correspondiente en el proceso penal y aporte las pruebas correspondiente para que sea amparada.

12 Así, Jakobs (2005, p. 22) sostiene que debe concretarse en todos los casos la privación a los delincuentes de los efectos o productos del delito.

13 Al respecto, ver estudio detallado en Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009.

14 Por ello, con el decomiso no se afecta el artículo 70 de la Constitución, que establece que el derecho de propiedad es *inviolable*, que el Estado lo garantiza y que a nadie puede privársele de su propiedad; sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por eventual perjuicio.

15 En la nueva ley de pérdida de dominio (decreto legislativo 1104, del 19 de abril de 2012), en nuestro medio se han establecido nuevos supuestos de decomiso (pues la pérdida de dominio es un decomiso fuera del proceso penal), tales como el decomiso de los bienes de las organizaciones criminales, el decomiso de valor equivalente o decomiso impropio y del decomiso de los bienes de origen lícito que se mezclan con los de origen delictivo.

16 Quintero Olivares, 1996, p. 609.

d) Pretensión anulatoria

El artículo 97 del CP establece que los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho delictivo son nulos, en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para el pago de la reparación civil. Asimismo, el artículo 188-A del CPP (incorporado por el decreto legislativo 959) y el artículo 15 del nuevo CPP establecen la nulidad de los actos fraudulentos de disposición o de gravamen realizados sobre bienes sujetos a decomiso (instrumentos, efectos o ganancias del delito) y otros establecidos por ley. Además, el artículo 11.2 del nuevo CPP prevé la acción de nulidad de los actos de disposición de los bienes objeto del delito; es decir, los bienes sobre los que ha recaído la acción delictiva (por ejemplo, el bien hurtado o el que ha sido materia de la apropiación ilícita).

De este modo se establece la pretensión del agraviado, actor civil o Ministerio Público (según sea el caso) para solicitar y lograr la nulidad de los referidos actos, con la consecuente reincorporación de los bienes, sujetos al pago de la reparación civil, al patrimonio del condenado (imputado o tercero civil) o al poder del Estado, en el supuesto de bienes sujetos a decomiso. El bien puede ser restituido al agraviado (objeto del delito) conforme a lo previsto en el artículo 94 del CP.

e) Pretensión contra las personas jurídicas

Otras de las consecuencias jurídicas que surgen de la comisión del delito son las medidas aplicables contra las personas jurídicas cuando, por su constitución, actuación o funcionamiento, tengan carácter criminógeno; es decir, faciliten la comisión de los delitos o tengan como fin encubrirlos. De esta manera, se busca evitar que la persona jurídica siga realizando este tipo de actividades. Estas medidas pueden constituir incluso una especie de «pena de muerte de la persona jurídica», consistente en la disolución de la misma.

Esta pretensión, en cuanto medida preventiva y de aseguramiento, queda a cargo del fiscal, sin negarse a los demás sujetos procesales legitimación para solicitarla. Deben comprobarse concretamente todas las acciones que determinen o acrediten la calidad criminógena de la persona jurídica, no pudiendo imponerse la medida sin que esta haya sido emplazada o requerida debidamente para que ejercite su derecho de defensa. Debe cumplirse con la formalidad dispuesta en los artículos 90 y 91 del CPP a efectos de comprenderla en el proceso.

No debe confundirse a estas consecuencias jurídicas de carácter sustantivo, con las medidas preventivas previstas en el artículo 313 del nuevo CPP, las mismas que son de carácter eminentemente procesal o instrumental.

## f) Pretensiones cautelares

Las pretensiones cautelares se encuadran en el marco del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, consistente en conferir a todas las personas, sin excepción, el derecho a acceder al sistema judicial y a obtener de este una resolución fundada en la ley. Este derecho despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, en hacer posible la defensa y la obtención de una solución en un plazo razonable; tercero, a que una vez dictada la sentencia, se garantice *la plena efectividad de su contenido*. En este contexto, las medidas cautelares, como instrumento procesal, cobran importancia durante el trámite del proceso penal para asegurar el *efectivo cumplimiento* de la sentencia. A través de dichas medidas «se busca asegurar el resultado práctico de la sentencia (la realización del derecho material) que recaiga en otro procedimiento de conocimiento o de ejecución»<sup>17</sup>.

Las principales medidas cautelares son, por ejemplo, el embargo, la orden de inhibición, la anotación preventiva, la incautación, la medida cautelar genérica, la medida de no innovar.

## 2. Pretensiones y actuaciones a cargo del Ministerio Público vinculadas a la reparación del daño

Las pretensiones resarcitoria, anulatoria y cautelares están vinculadas a la reparación civil. Sin embargo, suponen necesariamente el ejercicio de la pretensión punitiva, debido a que el ejercicio de esta es el que da inicio al proceso penal.

El artículo 1 de la LOMP, concordante con los artículos 11 y demás pertinentes del CPP, establece la obligación del fiscal de velar por la reparación del daño ocasionado por el delito y le atribuye la facultad para ejercitar la correspondiente pretensión resarcitoria en el proceso penal.

Asimismo, con la finalidad de asegurar el efectivo cumplimiento de dicha obligación resarcitoria, el artículo 95.2 de la LOMP, así como los artículos 15, 302 y ss. del CPP, establecen la potestad del fiscal de solicitar las correspondientes medidas cautelares; como, por ejemplo, el embargo, la orden de inhibición o la anotación preventiva. Además, el CPC determina la potestad del fiscal de recurrir a cualquier otra medida cautelar para lograr el efectivo cumplimiento de la reparación civil.

De igual forma, antes del inicio o de la prosecución propiamente de un proceso penal, el Ministerio Público tiene la obligación, conforme al artículo 22 del CPP,

<sup>17</sup> Díaz Solimine, 1999, p. 16.

de velar por la reparación civil en aplicación del llamado *principio de oportunidad*. En este caso, se abstendrá de ejercitar la acción penal si el imputado repara el daño causado o se ponga de acuerdo con el agraviado sobre dicha reparación. También, según el numeral 6 de la misma disposición, el fiscal podrá aprobar un *acuerdo reparatorio* orientado a garantizar el pago de la reparación civil.

Como puede apreciarse, el fiscal, más allá de contar con la potestad para ejercitar la acción resarcitoria, está obligado a velar por la reparación del daño. Aún más, puede condicionar el ejercicio de la acción penal precisamente a dicha reparación. Pues un aspecto importante del conflicto social generado por el delito es la afectación del interés particular del agraviado y, por esto, además de concretar el ejercicio de la pretensión punitiva y las demás pretensiones a las que se ha hecho referencia, una de las funciones esenciales del Ministerio Público es garantizar el cumplimiento de la reparación civil.

## **II. LA REPARACIÓN CIVIL**

### **A. Naturaleza jurídica**

Como se sabe, aun se discute sobre la naturaleza jurídica de la obligación resarcitoria proveniente del delito, así como la referente a la pretensión y a la acción que se ejercita en el proceso penal (sea por el actor civil o por el fiscal) con el fin de logra la reparación del daño. Algunos sostienen que, por estar vinculada al delito, la respuesta del ordenamiento jurídico está relacionada con la sanción penal y consideran, sobre esta base, que tiene naturaleza penal o de que se trata de una especie de *tertium genus* (tercera vía, al lado de las penas y medidas de seguridad). Por el contrario, otros afirman que, tratándose de la reparación de un daño sujeto a las reglas del Código Civil, la obligación resarcitoria, así como la pretensión que se ejercita en el proceso penal a fin de logra la reparación, tienen contenido privado o particular.

#### ***1. Naturaleza privada de la pretensión discutida en la acción civil resarcitoria***

A fin de determinar la naturaleza de la reparación, es necesario tener en cuenta que esta no se basa en un interés público como la pena, si no que la necesidad de reparar del daño ocasionado por el delito constituyen su fundamento y función. El hecho de que se ejercite esta pretensión en el proceso penal se debe solamente a fines de economía y celeridad procesal. La naturaleza privada de la pretensión resarcitoria está, por tanto, determinada por la naturaleza, privada y personal, del interés que constituye su contenido y no por la forma como se ejercita ante el órgano jurisdiccional. En este sentido, Creus afirma que «el hecho de la inserción

de la acción civil en el proceso penal, nada dice contra el carácter privado de la pretensión que por medio de ella se hace valer. Esa inserción no cambia el carácter de la acción civil que, desde el punto de vista de la pretensión que la alienta, sigue siendo civil y privada. En otras palabras [...] la acción resarcitoria no integra el sistema represivo del delito, permanece en la esfera privada»<sup>18</sup>. Criterio similar se sostiene en la doctrina argentina; por ejemplo, Terragni afirma que los criterios por los que se buscaba considerar la obligación resarcitoria de índole penal no han prosperado y han quedado relegados en el tiempo<sup>19</sup>. En la doctrina alemana, este criterio es definido fundamentalmente por Hirsh<sup>20</sup> y, en la española, se considera que esta opinión es aceptada de manera «casi unánime»<sup>21</sup>.

En nuestro medio, se sostiene igual criterio. Así, Prado Saldarriaga rechaza todo intento de considerar a la reparación civil como pena u otro tipo de sanción penal y afirma su naturaleza privada<sup>22</sup>. Por su parte, San Martín sostiene que la «naturaleza de derecho de realización del derecho procesal penal no puede ‘sustituir’ o ‘transformar’ lo que por imperio del derecho material es privado, en tanto se sustenta en el daño causado, producto de un acto ilícito». Además agrega, citando a Basallo, que «la obligación de reparación por el daño material o moral causado, supone un deber jurídico que escapa a la esfera integral del derecho penal. De hecho, se trata de una obligación de naturaleza básicamente patrimonial y con objetivos expresamente indemnizatorios»<sup>23</sup>.

El resarcimiento del daño proveniente del delito está regulado, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, sobre todo en el Código Civil, como se deduce del artículo 101 del CP. En España, es tratado fundamentalmente en el propio Código Penal. Resulta importante resaltar esta característica de nuestra

18 Creus, 1985, pp. 28 y ss. En el mismo orden de ideas, Ruis Vadillo refiere: «La acción civil no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en un proceso penal al que se incorpora, de tal forma que la circunstancia de ventilarse en éste para nada afecta a las características que le son propias y específicas [...]» (1994, p. 19).

19 Terragni, 1997, p. 451; son de la misma opinión Núñez (1999, p. 343) y Soler (1978, p. 468).

20 Hirsch, 1992, p. 59, entre otros trabajos. Cfr. también Velásquez Velásquez, 1995, p. 705. Ya desde Binding, como indica Roxín (1992, p. 135), se hacía la debida diferenciación entre la pena y la reparación civil, tomándose como referencia «aquello a cuyo favor es efectuada la prestación. La reparación es prestada siempre a quien sufre el daño; la pena, en cambio al Estado, que cumple un deber en infligir una pena». Con lo que quedaría claro que desde ese entonces se asumía a la reparación civil dimanante del delito como una consecuencia de carácter civil.

21 Alastuey Dobón: «[...] la naturaleza civil de la reparación civil *ex delicto*, hoy en día es casi unánime» (1996, pp. 466-467).

22 Prado Saldarriaga, 2000, pp. 275 y ss.

23 San Martín, 2002, p. 328.

legislación, ya que facilita el análisis y permite concluir sobre la naturaleza privada o civil de la reparación civil proveniente del delito; aun cuando la determinación de esta naturaleza no está vinculada necesariamente al «documento legislativo en que se regule»<sup>24</sup>.

No obstante, puede decirse que la pretensión cambia su naturaleza privada cuando es el Ministerio Público quien la ejercita en el proceso penal. Sin embargo, si bien este actúa ejerciendo un interés público, su intervención está orientada a lograr la satisfacción de la pretensión privada a favor del agraviado o sujeto pasivo del daño; pues, además de buscar la pacificación social alterada por la comisión del delito, debe satisfacerse de la pretensión pública encarnada en la pena, el interés o pretensión privada del sujeto, la que conserva esta índole aun cuando sea el Ministerio Público quien persigue su satisfacción.

El carácter privado o particular de la obligación resarcitoria, en el contexto de nuestra legislación, queda claramente establecido según las disposiciones referidas a que, si el perjudicado renuncia al resarcimiento o transige respecto a este, cesa la legitimación del Ministerio Público «para intervenir en el objeto civil del proceso» (artículo 11 del CPP, concordante con los artículos 13 y 14 del mismo código).

Finalmente, además de los argumentos hasta ahora expuestos a favor de la naturaleza privada de la responsabilidad civil en el proceso penal, hay que también considerar los aspectos siguientes: la responsabilidad civil no es personalísima, a diferencia de la pena, en la medida en que el obligado a la reparación civil puede ser un tercero; el criterio formal establecido en el artículo 101 del CP, según el cual el tratamiento y la regulación de la reparación civil se rigen por las disposiciones respectivas del Código Civil; la posibilidad de que la pretensión resarcitoria sea transigible y objeto de desistimiento dentro del proceso penal, con lo que se reconoce la titularidad exclusiva al sujeto pasivo del daño; la transmisibilidad hereditaria de la obligación, tanto respecto a los herederos del agente del daño como del agraviado; la atribución de la obligación resarcitoria puede obedecer a criterios objetivos, al contrario de la atribución de consecuencias de naturaleza penal, las cuales deben sustentarse en criterios subjetivos (atribución de dolo o culpa); no en todos los delitos opera la reparación civil ni todos los casos en que se dispone la obligación reparatoria se trata de un delito (casos de ausencia de culpabilidad); finalmente, la mensura de las consecuencias jurídico-penales se basa, en principio, en la apreciación del grado de culpabilidad, mientras que la determinación de la responsabilidad civil se fundamenta en la magnitud del daño<sup>25</sup>.

---

24 Quintero Olivares & otros, 1996, p. 25.

25 Alastuey Dobón, 1996, pp. 467 y ss. En nuestro medio, Castillo Alva, 2001, pp. 78 y ss.

## 2. El resarcimiento como sanción jurídico penal

Hay autores que han considerado que en sede penal el resarcimiento del daño proveniente del delito constituye una sanción jurídico penal, que cumple con la finalidad de la pena<sup>26</sup> y se impone conjuntamente con esta o la sustituye en algunos casos<sup>27</sup>. Esto es, han considerado a la reparación civil como una consecuencia jurídica del delito de contenido penal al igual que las penas y las medidas de seguridad. En este sentido se pronuncian Reyes Monterrel, Gonzáles Rus, Puig Peña y Molina Blázquez<sup>28</sup>, así como Gracia Martín, Silva Sánchez y Roxin<sup>29</sup>. En nuestro país, hace referencia a esta corriente Rodríguez Delgado<sup>30</sup>. Esta posición, a la fecha y aun cuando es tomada en cuenta para efectos expositivos, ya no resulta sostenible, pues creemos que las diferencias evidentes que existen entre la pena y la reparación impiden considerar la reparación como «pena»; ya que no se advierte con claridad cómo es que la reparación cumpliría una finalidad propia de la pena. En este sentido, Roxin manifiesta correctamente que:

[...] aun partiendo desde el punto de vista de las teorías preventivas, se puede hacer valer que el efecto preventivo es igual a cero; si por ejemplo, el ladrón debiera devolver solo la cosa hurtada o el estafador el dinero obtenido fraudulentamente. Si el autor supiera que él, en caso de fracasar, solo necesitará restituir el *status quo ante*, cesaría todo riesgo; él, por la comisión del hecho, solo puede ganar, nunca perder, de manera tal que una limitación a la reparación aniquilaría el fin preventivo-especial de la amenaza penal. También desde el punto de vista preventivo-general la mera reparación, como reacción a las violaciones jurídicas, significaría antes bien una invitación a intentar alguna

26 Sessar, citado por Roxin, dice: «La segunda posibilidad de aproximar uno a otro el derecho penal y el derecho civil, sería la incorporación a la reparación como una sanción penal, colocada —para delitos determinados— autónomamente a lado de la pena privativa de libertad y de la multa y posible de ser impuesta, en casos apropiados, en su lugar» (1992, p. 143). Asimismo, Jung, citado igualmente por Roxin, considera «que la aceptación de una diferencia esencial entre pena y resarcimiento del daño ha obstaculizado hasta ahora su acción concertada [...] en el sistema general de control social. Una separación de esta clase, rígida, del derecho penal del derecho civil, no se puede, empero, mantener [...]» (1992, p. 141) También Schöch polemiza contra «la separación doctrinaria de pena y resarcimiento del daño» y piensa que «se debe abandonar el dogma generalizado de la incompatibilidad entre pena y resarcimiento del daño».

27 Schild (según cita de Silva Sánchez, 2000b, p. 228) hace referencia a la posibilidad de considerar a la reparación civil, sencillamente, como pena.

28 Citados por Alastuey Dobón, 1996, p. 466.

29 Gracia Martín, 2004, p. 431; Silva Sánchez, 2000b, p. 223; Roxin, 1992, p. 143, en que refiere: «La segunda posibilidad de aproximar uno a otro el derecho penal y el civil, sería de incorporar a la reparación como una sanción penal, colocada —para delitos determinados— autónomamente al lado de la pena privativa de libertad y de la multa y posible de ser impuesto en casos apropiados en su lugar».

30 Rodríguez Delgado, 2003, p. 829.

vez robar o estafar, pues en el peor de los casos la amenaza consistiría en la devolución de lo conseguido, cuya eventualidad no haría desistir a nadie de un plan delictivo a medio camino, que promete éxito<sup>31</sup>.

Solo se podría sostener lo contrario en el marco de una concepción que negase que de lo que se trata es de la reparación del daño específico; es decir, del daño causado a la víctima en concreto (víctima actual), admitiendo más bien que se busca satisfacer, lo que estimamos incorrecto, a una víctima abstracta o en potencia, cumpliendo de este modo fines públicos propios de la pena.

Según este último criterio, la reparación como pena operaría aunque no se hubiera causado un daño resarcible, inclusive no habría ningún problema para imponerla en casos de delitos de peligro abstracto o de tentativa sin resultado lesivo, pues la reparación ya no se sustentaría en el daño ocasionado, sino en los mismos fines de la pena; en estos casos, ya no se habla propiamente de reparación civil, sino de «reparación penal»<sup>32</sup>.

En otra perspectiva de la idea de considera a la reparación como consecuencia de naturaleza penal, pero sin calificarla como una pena más, se aprecia a la reparación como una consecuencia a la cual se le asigna nuevos fines en el derecho penal, junto a los fines tradicionales de la pena. Este criterio tampoco aporta mayores elementos importantes al debate y, tal como indican autores autorizados, también puede fácilmente descartarse<sup>33</sup>.

La variante de esta postura (que vincula a la reparación con las consecuencias jurídico penales), que resulta importante y de actualidad en el debate doctrinario y jurisprudencial (dado el elevado nivel de argumentación y el hecho de ser sostenida por importantes penalistas como Roxin y Silva Sánchez), es la que, sin considerar a la reparación como una pena o medida de seguridad y sin atribuirle un nuevo fin en el derecho penal, la concibe como una «tercera vía»<sup>34</sup> que, junto «a la primera y la segunda (penas y medidas), ha de contribuir a los fines convencionales del derecho penal»<sup>35</sup>. Esto es, se atribuye a la reparación efectos preventivos, tanto desde el punto de vista de la prevención general como de la especial. Según Roxin, «su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de vista aquí defendido, reprivatización alguna del derecho penal, promoción alguna de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma

---

31 Roxin, 1992, p. 138.

32 Silva Sánchez, 2000b, p. 230.

33 Gracia Martín, 2004, p. 432; Silva Sánchez, 2000b, p. 227; Roxin, 1992, pp. 145-146.

34 Según Roxin: «Es recomendable construir la reparación, al lado de la pena y la medida, como un “tercer carril” del derecho penal» (1992, p. 155).

35 Silva Sánchez, 2000b, p. 228.

que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla»<sup>36</sup>. Este mismo autor sostiene que esta concepción de la reparación en el marco de sanciones concierne la llamada «prevención integrativa»<sup>37</sup>, la misma que constituye «una sanción autónoma en la cual se mezclan elementos jurídico civiles y penales. Ella pertenece al derecho civil, en tanto asume la función de compensar el daño. Empero, debe ser modificada según proposiciones de metas jurídico penales si, dado el caso, también los esfuerzos reparatorios serios habrían de ser considerados o si, en caso de delitos contra la generalidad, quizás también el trabajo de bien común pudiera ser aceptado como prestación reparatoria»<sup>38</sup>. De este modo, asume que la reparación civil está orientada a la satisfacción de intereses públicos o sociales más que a tomar en cuenta el interés particular de la víctima<sup>39</sup>; vale decir, protege a las víctimas en potencia y no a la víctima específica o actual. Estos criterios, tal como refiere Silva Sánchez, tendrían como fundamento el hecho que «en muchas ocasiones la reparación ‘penal’ alcanza los fines de pacificación requeridos precisamente porque es ‘penal’ y se dilucida en el marco de un proceso con la carga simbólica que tiene el proceso penal»<sup>40</sup>.

Todo ello puede expresarse, en resumen, señalando que, desde la perspectiva del derecho penal, la reparación tiene más que ver con el autor y con la norma (con la colectividad) que con la víctima en sí misma; más con la resocialización y con la prevención de integración que con la indemnización; más con la renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada que con el pago de una obligación. Aquello sería lo esencial; esto, lo accidental»<sup>41</sup>.

36 Roxin, 1992, p. 154.

37 Según Hirsch: «Para Roxin la así llamada prevención general positiva constituye el punto de enlace. De ella se derivará como aspecto parcial, la prevención integrativa, que está orientada “al efecto de satisfacción que aparece cuando el delincuente se ha esforzado tanto, que la conciencia jurídica general se tranquiliza en relación al quebrantamiento de la ley y considera como solucionado el conflicto con el autor”. Por eso sería posible incorporar a la reparación en el catálogo de las consecuencias jurídicas como una “tercera vía” más benigna, supletoria o complementaria de la pena, junto a las penas y a las medidas de corrección o seguridad» (1992, p. 63).

38 Roxin, 1992, p. 154.

39 En nuestro medio, sin embargo, no se maneja este criterio; incluso normativamente se ha plasmado todo lo contrario, como puede verse en el artículo 3 de la ley 27378, que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada. Esta norma estipula que «[...] se entiende que disminuye sustancialmente la magnitud o consecuencias de la ejecución de un delito cuando se indemniza a las víctimas o cuando se logra disminuir el número de perjudicados o la magnitud de los perjuicios que habrían de ocasionar los delitos programados [...]».

40 Silva Sánchez, 2000b, p. 227.

41 Aun cuando Silva Sánchez desarrolla esta idea en el marco de una prevención integrativa, que luego sustenta como el fundamento de una «tercera vía», nos parece que este razonamiento se ubica más en una posición de naturaleza penal de la reparación.

En síntesis, tomando en cuenta los criterios esbozados por Roxin y Silva Sánchez, podríamos concluir que fundamentalmente consideran:

1. La reparación cumple finalidades preventivas, específicamente la llamada «prevención integrativa»; por lo que puede sustituir o atenuar la pena prevista para determinados casos concretos y, por tanto, tiene una naturaleza propia del derecho penal.
2. La prevención integrativa consiste en una mezcla de elementos civiles y penales. Configura un elemento civil en la medida que asume la función de compensar el daño y un elemento penal cuando, sin haber compensado el daño, puede quedar resuelto el conflicto entre el agente del delito y la sociedad en la medida que el obligado hubiese realizado esfuerzos reparatorios serios orientados al resarcimiento; asimismo, en los casos de delitos contra la «generalidad» (sociedad o el Estado), puede atribuirse calidad reparatoria al trabajo de bien común.
3. La reparación está orientada a la satisfacción de intereses públicos más que particulares.
4. La reparación tiene que ver más con el autor y la vigencia de la norma que con el agraviado y el daño ocasionado.
5. La reparación tiene que ver más con la resocialización y prevención que con el pago de la obligación resarcitoria.
6. Finalmente, ya no se habla de reparación civil sino de «reparación penal» a la que se le atribuye funciones de pacificación al utilizar la carga simbólica del derecho penal.

Si bien, como refiere Gracia Martín, esta postura constituye «la propuesta más seria y sugestiva de integrar a la reparación en el sistema penal»<sup>42</sup>, creemos que no contribuye al esclarecimiento y resolución del problema existente respecto al daño causado por el delito; pues distorsiona la concepción propia de la reparación que, como su propio nombre lo indica, es *civil*. Es por ello que, por nuestra parte, desarrollamos argumentos distintos a los sostenidos por esta postura.

Así, respecto al primer punto, se puede sostener que, considerar a la reparación entre las consecuencias jurídico penales, implica concebir al derecho o al ordenamiento jurídico considerando que todos los conflictos sociojurídicos se resuelven recurriendo al derecho penal. Esto es asumiendo una concepción totalizadora del derecho penal que implica desconocer uno de sus principios

---

42 Gracia Martín, 2004, p. 438.

básicos: su carácter *subsidiario* y de *última ratio* y, sobre todo, olvidar que en una sociedad rige el ordenamiento jurídico en su conjunto (con todas sus ramas y especialidades) y no únicamente el derecho penal. De esta manera, se admite inclusive que los únicos elementos del control social son jurídico penales<sup>43</sup>. Desconociéndose de esta manera que el control social está integrado por todas las ramas del ordenamiento jurídico, como el derecho civil<sup>44</sup> (a través de la atribución de responsabilidad civil), el derecho administrativo (a través de la atribución de responsabilidad administrativa). Solo excepcionalmente se recurre al control proveniente del derecho penal. Es más, las prácticas y actuaciones no jurídicas provenientes de la moral, la educación, los usos y las buenas costumbres sociales constituyen parte del control social. Por tanto, todas estas disciplinas, elementos o prácticas sociales cumplen su rol en el marco del control social. Por ello, los actos antisociales, antijurídicos o lesivos son enfrentados poniendo en juego todos los elementos del control social, sean estos jurídico-formales o informales. Es decir, actúa todo el derecho (con sus múltiples disciplinas), así como también elementos metajurídicos. De hecho, en muchos casos la presencia de elementos no jurídicos puede jugar un rol más efectivo que los propios mecanismos jurídicos; tal sería, por ejemplo, la reprobación social proveniente de la comunidad o de la moral.

De todo esto podemos concluir que, ante la comisión de un delito, entra en juego todo el ordenamiento jurídico con sus múltiples ramas o especialidades<sup>45</sup> y todas estas buscan proteger los bienes jurídicos. Por tanto, en forma mediata o inmediata, también cumplen finalidades preventivas (en cuanto constituyen formas o elementos de control). Consecuentemente, no todas las disciplinas o instituciones jurídicas que cumplen finalidades preventivas tienen naturaleza penal, pues el ordenamiento jurídico en su conjunto cumple finalidades preventivas. La prevención proveniente del derecho penal y de la pena solo es una forma como esta se expresa. El hecho que la reparación cumpla finalidades preventivas<sup>46</sup> no constituye ningún fundamento para considerarla como una consecuencia jurídico penal del delito o para fundamentar la llamada *prevención integrativa*; por el contrario, como lo dice Diez-Picazo<sup>47</sup>, constituye parte de las funciones del derecho de daños.

43 Ver Silva Sánchez, 2000b, p. 230, en cita 64.

44 Según Gracia Martín: «[...] no cabe duda sobre que en el derecho civil de daños es precisamente la reparación, garantizada por los medios coactivos del proceso civil, en particular por la ejecución forzosa, el medio adecuado y proporcionado para el mantenimiento de la confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico» (2004, p. 436).

45 Por todos, ver Hirsch, 1992, p. 64.

46 Es criterio dominante en la doctrina civil que la responsabilidad civil cumple finalidades preventivas en torno a los conflictos sociales y ello precisamente constituye uno de los fundamentos de su existencia. Por todos, ver Le Tourneau, 2004, p. 21.

47 Diez-Picazo y Ponce de León, 1999, pp. 41 y ss.

En tal sentido, aun cuando se pretenda una expansión del derecho penal, no se pueden desconocer los fines y funciones de las demás ramas del derecho, ni pretender erigir como único mecanismo de resolución de los conflictos sociales al derecho penal<sup>48</sup>.

En cuanto al segundo punto, referente a que la reparación, por contener elementos civiles y penales, cumple la función de *prevención integrativa*, debe señalarse que resulta incuestionable que la reparación cumple finalidades resarcitorias de carácter civil. Sin embargo, no creemos que el simple esfuerzo reparatorio cumpla una finalidad propia de la reparación o de la pena. Primero, por que dicho esfuerzo carece de significado o trascendencia por no haberse realizado resarcimiento alguno a pesar de los intentos que se hubiesen hecho. Segundo, por que si bien estos esfuerzos pueden reflejar efectivamente el arrepentimiento del agente, solo incide en la determinación de la pena concreta, como cualquier otro supuesto de arrepentimiento que nada tenga que ver con el esfuerzo reparatorio, sin que esto signifique que deba reemplazarla.

En relación al tercer punto, afirmar que la reparación satisface un interés público y no uno privado, solo tendría sentido si se asumiera que la reparación persigue la satisfacción de la víctima en potencia (abstracta, general) y no a la víctima actual y concreta, que es quien sufre el daño en sus propios bienes jurídicos; por lo que, a nuestro juicio, es la que interesa para efectos de la reparación. Pensar lo contrario significaría simplemente desconocer la reparación civil como institución jurídica. Con este criterio se genera una confusión total entre la reparación y las medidas de índole penal. En lugar de aportar criterios útiles para la solución del conflicto creado por el delito, contribuye a ensombrecerlo y restarle rendimiento práctico e importancia a esta institución. No se satisface ni un interés público propio a la pena, ni el interés particular de la víctima.

Respecto al cuarto punto, sostener que la reparación tiene que ver más con el autor y la vigencia de la norma que con el agraviado y el daño ocasionado,

---

48 Según Hirsch: «La concepción sostenida por Roxin, según la cual la reparación debe conformar una sanción penal independiente, se fundamenta, evidentemente, en el equívoco resultante del punto de vista de la “prevención integrativa” del derecho penal. Al remitirse aquí a la prevención integrativa, se deja de lado que, en un ordenamiento jurídico desarrollado, la clasificación penal de un caso solo constituye una parcela de su solución jurídica. Para la regulación jurídica completa del conflicto pueden también desarrollar un papel varios otros campos del ordenamiento jurídico, como el derecho indemnizatorio del derecho civil, pero también, por ejemplo, el derecho de seguros y el derecho administrativo. Cada uno de estos ámbitos del derecho con diferentes funciones, se ocupa de la determinación de las consecuencias resultantes del quebrantamiento de la ley. La posición derivada de la consecuencia del derecho penal para la solución general de los conflictos, tendría como consecuencia que todos los efectos jurídicos del delito serían de naturaleza penal» (1992, p. 64).

sin tener en cuenta la evolución del derecho y, especialmente, del derecho de la responsabilidad civil o de daños, significa volver a períodos superados en los que no se diferenciaba entre el derecho civil y el derecho penal y se consideraba a la pena como la única reacción del derecho frente al daño causado. En esta etapa del desarrollo del derecho, sí se podía hablar de una «reparación penal»<sup>49</sup>; pero en la actualidad están debidamente diferenciados el ámbito de la responsabilidad penal y el de la responsabilidad civil, por lo que no deben ser confundidos, sobre todo si normativamente, como sucede en nuestro país, se les distingue debidamente en los diversos ordenamientos.

Respecto al quinto punto, afirmar que la reparación cumple la función de resocialización constituye la simple expresión de un buen deseo que la descripción de la realidad; ya que en la práctica ni siquiera la pena ha cumplido dicha finalidad y menos puede lograrlo la reparación solo por el hecho de atribuírsele fines jurídico-penales. En todo caso, si el cumplimiento de la reparación por parte del agente del delito pudiese cumplir finalidades de «resocialización», tendríamos que concluir que la responsabilidad civil en general cumple esta finalidad y, por tanto, no necesitamos etiquetar a la reparación como sanción jurídico penal para reconocerle tal atributo<sup>50</sup>.

Finalmente y refiriéndonos al último punto, no creemos que con el efecto simbólico del proceso penal sin el resarcimiento efectivo del daño ocasionado a la víctima en concreto se produzca reamente la «pacificación y renovada aceptación de la vigencia de la norma». En todo caso, no existen estudios empíricos al respecto<sup>51</sup>. Por el contrario, la colectividad se siente protegida por el ordenamiento jurídico y se restaura la vigencia de la norma contrariada por la conducta delictiva causante

49 Hablar de «reparación penal» ha creado tal confusión que incluso Polaino Navarrete y Polaino-Orts llegan a definir a la «reparación» del siguiente modo: «En un esfuerzo de reducción o simplificación, puede decirse que la *'reparación'* a la víctima consiste en la posibilidad de atenuación de la pena o, incluso, en la sustitución de la pena, por una consecuencia jurídica diferente, más acorde a la entidad del delito cometido y más adecuada al fin preventivo que persigue el derecho penal» (2004, p. 200). Como se advierte, con este criterio prácticamente no se toma en cuenta la perspectiva de la víctima y, sin embargo, se aduce que ello se encuadra dentro de las consideraciones a la víctima del delito.

50 En sentido similar se pronuncia Gracia Martín (2004, p. 439).

51 Gracia Martín (2004 p. 437) se refiere a un estudio empírico llevado a cabo por Sessar, en el que se determina que una gran mayoría de procesos por delitos patrimoniales promovido por denuncia de la víctima terminan en reparación y solo muy raramente con imposición de la pena. Sin embargo, esto no demuestra, de modo alguno, que con ello se hayan logrado los fines propios del derecho penal; sino, por el contrario, que se ha cumplido la finalidad de la reparación civil, que al haberse concretado ha contribuido a la pacificación social, pero todo ello dentro de su ámbito propio.

del daño, cuando se le repara en forma específica respecto a la víctima actual y concreta. No a una víctima desconocida o en potencia o al interés de la sociedad concebida en abstracto, que por lo difuso que es ni siquiera se puede determinar si ha sido satisfecho en términos efectivos. Al respecto, Albin Eser manifiesta que «la paz jurídica perturbada por el delito solo es verdaderamente restablecida cuando se hace justicia no solo al autor sino también a la víctima»<sup>52</sup>. Claro que no se puede desconocer el interés de la colectividad en la reparación del daño ocasionado por el delito; pero, como ya lo hemos expresado con anterioridad, ese interés está orientado a la reparación del daño a la víctima específica y solo con su debida reparación se satisface dicho interés.

En este sentido, conforme manifiestan Hirsh<sup>53</sup> y Gracia Martín<sup>54</sup>, entre otros, concluimos que la reparación civil no puede constituir, bajo ningún supuesto, una sanción jurídico-penal; ya que se sustenta en un interés particular, tiene naturaleza distinta de la pena y no cumple las funciones de esta. Recordemos que sostener la postura contraria comportaría afirmar el despropósito de considerar al derecho penal como el único instrumento del control social formalizado —ordenamiento jurídico—, dejando de lado las demás ramas del derecho que también integran el control social-formal. Máxime si, al haberse constatado cierta ineficacia del control social-penal, se debe optar por medidas alternativas a las soluciones penales. Claro que se debe propugnar el logro de la reparación del daño ocasionado por el delito, pero para esto no hay necesidad de recurrir a las categorías propias del derecho penal o darle un tratamiento de sanción jurídico penal a la reparación. Esto, en lugar de facilitar el logro efectivo de este fin, más bien entorpecería la justa aspiración del damnificado; ya que, cuando se habla de pena, de inmediato entran en funcionamiento diversos mecanismos y principios propios de la protección de los derechos fundamentales del imputado (quien va a ser sujeto de la pena), a la vez que cualquier caso de duda se resolverá a su favor.

---

52 Eser, 1992, p. 30.

53 Según Hirsch: «El derecho penal como ámbito parcial del ordenamiento jurídico, se ocupa de las pretensiones penales estatales y de las penas y medidas relacionadas con ellas, cuando se aplica una pena se trata de la sanción justa del hecho y de la prevención que de allí se deriva para el autor y la generalidad [...] los fines de la pena o del derecho penal se refieren, por lo tanto, a las consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente penal: se trata de un instrumento de influencia sobre el autor; por lo contrario, que la víctima obtenga una indemnización, configura un camino ajeno a estos fines. [...] si para un grupo de casos se considera a la imposición de la reparación como la única consecuencia jurídica posible, entonces, consecuentemente, hay que sacarlo del derecho penal o, por lo menos, de la persecución penal. Aquello que solo puede sancionarse civilmente, no tiene nada más que buscar en el ámbito del derecho penal y procesal penal» (1992, pp. 63 y ss.).

54 Gracia Martín, 2004, pp. 427 y ss. y demás trabajos citados.

Contrariamente a lo que sucede en el ámbito civil en el que se busca la equidad o proporcionalidad, propendiendo a la resolución de los conflictos estableciendo el término medio para cada caso. Además, debe tenerse en cuenta que la reparación puede fundarse en factores de atribución de responsabilidad objetivos, todo lo cual se entorpecería si se considerara a la reparación civil como sanción jurídico-penal. Consecuentemente, estamos convencidos que esta postura, pese al prestigio de muchos de sus sostenedores, debe descartarse. Por lo demás, en nuestro medio es rechazada de manera clara, como lo explica Prado Saldarriga, cuyo criterio consideramos como el más representativo a nivel nacional<sup>55</sup>.

Es por ello que no encontramos explicación alguna al hecho que el Tribunal Constitucional, en la sentencia del 8 de julio de 2002<sup>56</sup>, dé por definida esta discusión, aun de actualidad entre los penalistas, sin fundamento alguno, en el sentido de que «[...] cuando los términos de la controversia se trasladan del proceso laboral al ámbito penal y, en esa sede, se condena a pagar beneficios laborales y, no obstante ello, no se cumple, entonces, ya no puede sostenerse, por un lado, que dicho pago de los beneficios sociales sea de naturaleza civil, pues tiene la condición de una sanción penal [...]»<sup>57</sup>; con lo que evidentemente está haciendo referencia a la naturaleza de la reparación civil establecida en el proceso penal.

## B. Titulares del ejercicio de la pretensión resarcitoria

Independientemente de la acusación particular de la legislación española, la acción adhesiva de la legislación alemana o la reparación por parte del Estado de otras legislaciones, vamos a referirnos a la acción civil ejercitada en el proceso penal. Como sabemos, el artículo 11 del nuevo CPP, establece que el ejercicio de la acción civil derivada del delito corresponde al Ministerio Público y especialmente al perjudicado por el delito; aun cuando establece la prioridad a favor del perjudicado. Antes de tratar el ejercicio de la acción, conviene precisar conceptos relativos al agraviado, puesto que la utilización de términos como los de víctima, agraviado, perjudicado, actor civil o querellante puede generar confusión respecto a quiénes son los sujetos legitimados para el ejercicio de la pretensión resarcitoria.

Aun cuando existen opiniones dispares al respecto, por nuestra parte consideramos que debemos entender por *víctima* al sujeto pasivo del daño en

55 Prado Saldarriga, 2000, p. 279.

56 Expediente 1428-2002-HC/TC, La Libertad, en la acción de habeas corpus interpuesta a favor de Ángel Alfonso Troncoso Mejía, contra el juez de procesos en reserva de Trujillo.

57 Este criterio errado es reiterado por el Tribunal Constitucional en las sentencias de fechas 5 de julio de 2004 y 12 de agosto del mismo año, en los expedientes 2982-2003-HC/TC 2-2003-HC/TC y 2088-1004-HC/TC, respectivamente.

general; es decir, al titular del bien o interés jurídico afectado por la conducta delictiva<sup>58</sup>. Este puede ser el afectado directo o el que sufre alguna consecuencia secundaria del delito; así como el agraviado en el proceso penal o el actor civil, como también el querellante particular e inclusive cualquiera de estos sujetos aun cuando no hubiesen comparecido en el proceso o cuando ni siquiera exista proceso. Es decir, es el término general que engloba a todos los demás.

Por *ofendido* debe entenderse específicamente al que sufre la acción delictiva, más que el daño causado (que genera la pretensión resarcitoria). La ofensa implica afectación jurídico-penal; es decir, ataque al interés penalmente tutelado. Por ello, el ofendido porta conjuntamente la pretensión resarcitoria y la pretensión penal; por tanto, específicamente, debemos entender por ofendido solo al querellante particular<sup>59</sup> y no al agraviado o al actor civil, pues estos solo serán titulares de la pretensión resarcitoria, correspondiendo la pretensión penal al Ministerio Público. Aun cuando en la doctrina y la legislación comparadas no hay uniformidad al respecto, si se pretende diseñar categorías jurídicas funcionales y con capacidad de rendimiento en la solución de los conflictos, se debe delimitar debidamente la naturaleza y contenido de las mismas. En este caso, creemos que el concepto general es «víctima» y no «ofendido», como erróneamente se considera en muchas legislaciones.

El *agraviado* es el titular del bien jurídico o interés afectado por la acción delictiva y, por tanto, titular de la pretensión resarcitoria; no importa que se haya o no constituido en actor civil o exista o no proceso penal. El agraviado no es titular de la pretensión penal como el ofendido; puede ser el sujeto pasivo que directamente sufre en su persona o en sus demás bienes la acción delictiva (llamado también «damnificado» en algunas legislaciones) o el que indirectamente sufre alguna consecuencia de la misma (caso de los herederos del occiso en los delitos de homicidio, de los socios o asociados de una persona jurídica, u otros sujetos

---

58 Se considera al bien o al interés, porque el objeto de la afectación puede estar determinado por el propio bien en sí mismo o por algún interés de su titular reconocido sobre el bien. En el primer caso, se tiene en cuenta la esencia intrínseca del bien o su aptitud para satisfacer una necesidad de su titular y, de afectarse esta, también se afectará al interés (por ejemplo, se deteriora el bien sustraído). En el segundo caso, solo se afecta el interés del titular, mas no así la esencia del bien o su aptitud para satisfacer necesidades (por ejemplo, cuando se sustrae el bien y se priva a su titular de servirse de él).

59 Según Vásquez Sotelo: «La *ofensa* consiste en el ataque o lesión al bien jurídico protegido por la norma penal. Esta es la regla de oro para establecer la distinción [...] Esta lesión o ataque es la que define el delito y en ella consiste la *ofensa*. Cada figura delictiva define una ofensa, que se tipifica. Por ello para saber quién es *ofendido* es preciso analizar el tipo penal y comprobar cuál es el bien penalmente protegido en cuyo ataque consiste la *ofensa*, esencia misma del tipo penal. El titular de ese bien es el *ofendido* (1994, p. 114).

que se vean afectados por la acción delictiva; entre estos también se considera a las *asociaciones* en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos).

El término *perjudicado* es sinónimo de «agraviado», no existiendo diferencia alguna entre ambos. Si bien su origen fue distinto, identificándose al agraviado con el sujeto que sufre el daño (directo o daño emergente) y al perjudicado con el sujeto que es privado de una expectativa válida de un incremento patrimonial o una ventaja cualquiera (lucro cesante), en la actualidad la moderna doctrina de la responsabilidad civil los usa indistintamente<sup>60</sup>. Este criterio es asumido no solo por la doctrina, sino también por las legislaciones, incluyendo a la peruana.

*Actor civil* es el propio agraviado o perjudicado que ejercita la pretensión resarcitoria en el proceso penal, actuando con todos los derechos, facultades u obligaciones de un sujeto procesal. A diferencia del ofendido, el actor civil no ejerce ninguna pretensión penal y su interés y actuación se limitan a la reparación civil, ofreciendo y presentando pruebas contra el procesado o el tercero civil para acreditar su pretensión. Sin embargo, puede aportar prueba vinculada a la determinación de la responsabilidad penal del procesado cuando resulte pertinente para acreditar la responsabilidad penal y, por ende, la responsabilidad civil del procesado. Asimismo, el actor civil, a diferencia del ofendido, solo podrá constituirse cuando haya un proceso penal (o una investigación preparatoria) en curso, pero no puede ejercitar la acción penal. Se diferencia del agraviado porque este aún no ha comparecido en el proceso penal ejercitando la acción resarcitoria; pues el agraviado es quien se convierte en actor civil al apersonarse al proceso.

El *querellante* particular es el ofendido que comparece ante la autoridad judicial ejercitando la acción penal por un delito de ejercicio privado de la acción. Solicita el inicio del proceso penal, no necesitando que exista un proceso o una investigación preparatoria en curso como en el caso del actor civil. Su actuación e interés están vinculados a la pretensión resarcitoria y a la pretensión penal, pues se trata propiamente de un acusador particular. En este caso, el querellante es el titular del ejercicio de la acción penal y, en tal sentido, su decisión determina el inicio de la persecución penal, así como su paralización o extinción. El querellante es al ofendido, como el actor civil es al agraviado.

---

60 Ver Osterling Parodi, 1985, p. 399. En el mismo sentido, todos los autores que tratan sobre responsabilidad civil consideran al daño y perjuicio, y por tanto al agraviado y al perjudicado, como términos equivalentes y siempre hablan de «daños o perjuicios». Igual criterio se sigue en otras legislaciones; únicamente el Código Civil mexicano todavía hace esta diferenciación, pero para referirse al daño emergente y el lucro cesante. En el lenguaje coloquial, también tiene sentido esta diferenciación al estar contenida en el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española.

### 1. Ejercicio de la pretensión resarcitoria por el Ministerio Público

Además del interés público de la sociedad en la imposición de la pena, de perseguir el delito, existe un interés público de la sociedad al resarcimiento del daño proveniente del delito. Este interés público legitima al Ministerio Público para ejercitar la pretensión resarcitoria dentro del proceso penal; lo que constituye, más que una facultad, una obligación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1 de la LOMP, criterio que ha sido ratificado en el artículo 11 del nuevo CPP. Claro que el Ministerio Público queda legitimado para introducir la pretensión civil dentro del proceso penal, únicamente si no lo ha hecho el agraviado o si este no se ha reservado la vía civil para ejercer la pretensión resarcitoria. Si esto fuera así, el Ministerio Público ya no está facultado para ello, tal como lo establece los artículos 11 y ss. del CPP. Inclusive, aun cuando el Ministerio Público ya hubiese iniciado el ejercicio de la pretensión resarcitoria, pierde toda legitimidad para continuar con dicho ejercicio si el agraviado se presenta y se constituye en actor civil o se reserva la vía.

Si bien la precedente legislación procesal (vigente todavía en parte del territorio nacional) no establece en forma concreta cómo debe ejercitarse la pretensión resarcitoria por parte del Ministerio Público, esta se tiene por interpuesta con la propia formalización de la denuncia, en la cual se indica quién es el agraviado o, en todo caso, se expresa la posibilidad de determinarlo durante el proceso. Esta situación varía con el nuevo CPP, según el cual se debe ejercer la pretensión resarcitoria de manera expresa y cumpliendo, en gran medida, con los requisitos establecidos por la norma procesal civil para la interposición de una demanda.

En este sentido, en nuestro sistema procesal penal se puede perseguir la reparación del daño independientemente del hecho de que el agraviado ejercite o no la acción civil; pues, el Ministerio Público no solo está legitimado para ejercer la pretensión resarcitoria, sino que tiene la obligación de hacerlo<sup>61</sup>. Este sistema rige también en el derecho comparado. Así en España, la doctrina señala que el Ministerio Público «ejercitará *siempre* la acción civil derivada del delito, aunque esta acción también la lleva a cabo la acusación particular personada en la causa, salvo

---

61 Este criterio es cuestionado por Palacios Meléndez (2004, pp. 53 y ss.), quien considera que, al tener la reparación civil un carácter privado, el único legitimado para ejercerla es el agraviado. Sin embargo, una posición como esta no toma en cuenta los criterios contenidos en las normas vigentes, no solo el Código de Procedimientos Penales, sino el actual Código Procesal Penal y también las normas procesales extranjeras. Claro que, al parecer, a esta autora no le interesa la lectura de las normas, tanto así que incluso habla de un «acusador adhesivo» o «coadyuvante», institución que, si bien fue considerada en el proyecto, fue descartada al promulgarse el texto final del código.

el caso, claro está, de que medie la renuncia expresa del ofendido en esa expresa materia»<sup>62</sup>. Igualmente, en Argentina, de conformidad con los códigos procesales de la nación y cada uno de los Estados federados, se dispone que el Ministerio Público está obligado a ejercitar la pretensión resarcitoria; sobre todo, en los casos en que el propio ofendido le delega sus facultades o se trata de ofendidos que no puedan hacer valer sus derechos por sí mismos.

Sin embargo, el hecho de que el Ministerio Público sea quien ejercita la pretensión resarcitoria, no cambia la naturaleza de la pretensión, únicamente cambia la forma como es ejercitada<sup>63</sup>. En situaciones muy especiales, al decir de algunos autores, como en el caso de los delitos tributarios, cuando el estado pretenda la reparación civil dentro del proceso penal, el Estado no actúa ejercitando una pretensión privada, sino que lo hace en ejercicio de una pretensión pública, obrando como sujeto de derecho público; es decir, por encima de los particulares y en ejercicio del *jus imperium* del cual está investido<sup>64</sup>.

## 2. Ejercicio de la pretensión resarcitoria por la acción civil

En el proceso penal, conjuntamente con la acción penal, se ejercita la acción civil resarcitoria. La acción civil la ejercita especialmente el agraviado, perjudicado o víctima del delito o, en su defecto, el Ministerio Público, tal como lo establece el artículo 111 del CPP. Por agraviado debe entenderse a todas las personas o sujetos comprendidos en el artículo 94 de este código: 1. Todo aquel que resulte ofendido o perjudicado por el delito directa o indirectamente; tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, serán representados por quienes la ley lo disponga; 2. Los herederos, cuando se trata de delitos que producen la muerte del agraviado

---

62 Solé Riera, 1997, p. 46.

63 En este mismo sentido se pronuncia Creus, comentando la legislación argentina: «La circunstancia que el MP esté obligado a accionar civilmente hace que tal cometido encuadre dentro de su función pública pero no cambia el carácter de la acción que sigue siendo privada» (1985, p. 115). Aun cuando debemos entender que al referirse a acción hace referencia a la pretensión y no propiamente a la acción, ya que por naturaleza todas las acciones tienen carácter público y lo único que varía es la forma de su ejercicio o el contenido de la pretensión, que puede estar sustentado en un interés público o en un interés privado.

64 Según Maier & Bovino: «Se deberá advertir, además —para evitar una interpretación de la palabra que ajuste su significado, por analogía, al concepto idéntico que rige para el derecho privado—, que no se trata de una *pretensión privada*, en el sentido del Estado operando en la vida de relación como sujeto de derecho privado (comprador, vendedor, etc.), sino que, por el contrario se trata de una *pretensión pública*, para cuyo establecimiento el Estado obra como sujeto de derecho público, supraordinando a los particulares obligados directamente por el derecho tributario, y, por ende, sometida a reglas básicas de derecho público, como la legalidad y la proporcionalidad, y al control judicial que esas reglas implican» (1994, p. 114).

directo, estableciéndose el orden sucesorio conforme al artículo 816 del CC; 3. Los accionistas, socios, asociados o miembros de las personas jurídicas, respecto a delitos cometidos por quienes la administran, dirigen o controlan; 4. Las asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas, o en los delitos incluidos como crímenes internacionales por los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú, siempre que el objeto social se vincule directamente con esos intereses y hayan sido reconocidas e inscritas con anterioridad a la comisión del delito objeto del pronunciamiento.

Por el ejercicio expreso de la pretensión resarcitoria, el agraviado se convierte en *actor civil* en el proceso penal y, en tal condición, adquiere la calidad de «demandante» de dicha pretensión dentro de este proceso. Claro está que este «demandante» tendrá que sujetarse a las normas del proceso penal, pero de manera supletoria se regirá por las normas del proceso civil (primera disposición final de nuestro CPC) y en aplicación de estas últimas, así como de las normas del CC<sup>65</sup>, gozando de la más amplia gama de derechos y facultades procesales para acreditar su pretensión. Cuando en el proceso penal se apliquen supletoriamente las normas del CPC y CC, y demás normas complementarias y conexas, estas cederán su vigencia a favor de las normas propias del sistema penal, cuando la naturaleza del proceso penal así lo exija. Esta situación resultaba más clara antes de la vigencia del CPP en que se podía apreciar con nitidez el carácter accesorio y eventual del acción civil en el proceso penal, a la vez que no se tomaban en cuenta los criterios del derecho civil en el proceso penal; pues la transacción o desistimiento que el agraviado o actor civil podía hacer dentro del proceso no era determinante y la sentencia penal, de todas maneras, concluía pronunciándose sobre la responsabilidad civil. Asimismo, aun cuando los daños hubiesen quedado debidamente acreditados en el proceso penal, la sentencia no amparaba su resarcimiento, si es que se absolvía al procesado. Esta situación ha cambiado con el nuevo CPP, en el que se regula debidamente cómo el agraviado puede constituirse en actor civil, cuáles son los efectos de la transacción o el desistimiento de la pretensión resarcitoria por parte del actor civil, la posibilidad de la reserva de la vía civil (en cuyo caso, en el proceso penal, no se tratará la acción y pretensión civil), el desplazamiento del Ministerio Público por parte del actor civil cuando este comparece en el proceso y, sobretodo, la autorización para que el juez pueda resolver el extremo del daño, aun cuando la sentencia dictada en el proceso penal absuelva al procesado (artículo 12.3).

---

65 En aplicación del artículo IX del Título Preliminar del CC, este se aplica supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

Sin embargo, para que el agraviado se constituya en actor civil no necesita cumplir con las exigencias formales propias del proceso civil, basta con que lo solicite al juez de la causa por escrito. Este, previa evaluación y, en su caso, opinión del Ministerio Público, admitirá o rechazará dicha solicitud. Para lo cual debe determinar previamente que, en efecto, existen «indicios razonables» de que el solicitante ha sufrido la lesión de alguno de sus bienes jurídicos.

Debe quedar claro, sin embargo, que para que el agraviado pueda solicitar la constitución en actor civil, tiene que existir un proceso penal en trámite; es decir, que se haya dictado el correspondiente auto de apertura de instrucción o se haya formalizado el inicio de la investigación preparatoria en contra del presunto agente del delito por el hecho delictivo por el cual el actor civil se considera agraviado. Pero la constitución en actor civil no es indispensable para que se inicie y prosiga el proceso. Hay procesos que se inician y concluyen sin la constitución de parte o actor civil. Sin embargo, el hecho de que el actor civil se pueda constituir únicamente cuando ya existe un proceso penal, no significa que el agraviado esté impedido de ejercitar, antes de iniciado el proceso, todas las actuaciones tendientes a viabilizar la formalización de la denuncia penal o a asegurar que su pretensión resarcitoria no sea burlada. Además, puede comparecer ante la autoridad fiscal, la policía u otras autoridades y aportar la prueba pertinente en relación, por ejemplo, con la existencia del daño, su entidad, su magnitud.

La constitución en actor civil ha variado con el nuevo CPP. Como dispone que el proceso se inicia con la investigación preparatoria, la constitución formal en parte o actor civil se hará en esta etapa ante el fiscal (artículo 101 del CPP). Si bien normalmente será el agraviado quien se constituya en actor civil, nada impide que pueda hacerlo cualquier otra persona cuyo interés hubiese sido lesionado con el accionar delictuoso o, en todo caso, todo el que aparezca como legitimado para accionar civilmente en el proceso penal<sup>66</sup>. Así, por ejemplo, el asegurador de un riesgo de responsabilidad civil, cuando por alguna razón deba ser o haya sido obligado a cubrir el monto del daño. Igualmente, los que sufren un daño como consecuencia de un vínculo jurídico que los unía con la víctima del hecho. Es el caso de quien mantenía un contrato cuya prestación a cargo de la víctima

---

<sup>66</sup> Igual criterio se maneja en la doctrina y la jurisprudencia colombiana, al decir de Javier Tamayo Jaramillo (1998, pp. 28 y ss.), donde se hace referencia a casos específicos y esgrime razones para su consideración, las mismas que creemos son de recibo en nuestra legislación nacional. Este criterio se ha plasmado expresamente en la legislación penal comparada, como puede verse en el artículo 29 del CP de Argentina, que a la letra dice: «La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1) la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de prueba plena [...]». En igual sentido, por ejemplo, encontramos la legislación penal boliviana.

del delito constituía una obligación *intuitu personae* y el hecho delictivo pone a la víctima en la imposibilidad de cumplir con dicho contrato. Claro está que debe tratarse de un contrato en que la parte que se considera perjudicada ya hubiese realizado la contraprestación a su cargo y no existiera la posibilidad de obtener un resarcimiento fuera del proceso penal. Esta afirmación se sustenta en el artículo 101 del CP, en cuanto dispone que la reparación civil —proveniente del delito— se rige además por las disposiciones pertinentes del CC; es decir, las referentes a la responsabilidad extracontractual<sup>67</sup>.

Cuando un conjunto de personas es agraviado, estas pueden constituirse en parte civil mediante su representante. Y si se tratara de un caso de interés difuso, es decir de aquel cuya titularidad corresponde a un número indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medioambiente, de los bienes culturales o históricos o del consumidor, o de la afectación de bienes jurídicos por delitos internacionales, pueden constituirse en actores civiles las asociaciones o instituciones *sin fines de lucro* que según la ley o el juez estén legitimadas para hacerlo, por realizar sus actividades y tener fines destinados a la protección de los referidos intereses difusos o derechos de contenido internacional, conforme el artículo 94, numeral 4, del nuevo CPP, concordante con lo dispuesto por el artículo 82 del CPC. Este tipo de legitimación para comparecer en el proceso no es privativa de nuestro ordenamiento jurídico; por el contrario, es usual en el derecho de los Estados Unidos, en donde se aplica mediante la llamada *class action*, ejercitada sobre todo para los casos de daños ocasionados por productos defectuosos y los ocasionados al medioambiente<sup>68</sup>.

Finalmente, es de precisar que quien quiera constituirse en actor civil tendrá que acreditar tanto su capacidad de parte, así como su legítimo interés y demás presupuestos de la acción civil.

---

67 Según Creus: «En el derecho comparado encontramos leyes sustantivas que restringen la titularidad de la acción resarcitoria por hechos ilícitos al que haya sufrido un daño inmediato y directo. Pero ello no se da en el nuestro, en el que la ley civil pone esa acción al alcance “no solo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente”, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta» (1985, pp. 106 y ss.).

68 Según De Ángel Yágüez, la *class action* «como es sabido se trata de la acción ejercitada por un demandante, pero no para satisfacer su propio y exclusivo interés, sino también el de todos los que se encuentran en la misma situación. Dicho de otro modo un único demandante reúne tras de sí cualquier reclamación similar a la suya. De alguna manera podrá decirse que quien demanda ante los tribunales lo hace no en nombre *pero sí en interés* de un conjunto, en el sentido de que lo que el juez resuelva alcanza a dicho conjunto. Con ello se produce un curioso acceso a la justicia por parte de quien formalmente no entabla pleito alguno» (1995, p. 92).

### C. Determinación del monto de la reparación civil

Ejercitada la pretensión resarcitoria en el proceso penal, se tendrán que observar las normas relativas a la responsabilidad civil contenidas en el CC y CPC, además de las normas penales y procesales penales en cuanto corresponda. El principio general, que tradicionalmente rige la valuación del resarcimiento o indemnización, es el de la *reparación plena o integral*<sup>69</sup>, consistente en que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha causado<sup>70</sup>. Asimismo, la magnitud del daño reparable en general debe corresponder a la magnitud del perjuicio. Los daños y perjuicios se miden por el menoscabo sufrido, no en consideración a la magnitud de la culpabilidad o de cualquier otro factor de atribución de responsabilidad<sup>71</sup>; pues la indemnización no constituye una pena, sino «la remoción de la causa del daño y la realización de la actividad necesaria para reponer las cosas o bienes dañados a su estado primitivo» o el pago de una suma pecuniaria que juega a modo de valoración o «precio» del daño ocasionado<sup>72</sup>. Por tanto, no puede basarse en la culpabilidad, sino en la relación de causalidad entre al acto perjudicial y el daño, así como en la entidad y real magnitud de este último.

Al igual que en la indemnización de daños y perjuicios provenientes de la inexecución de obligaciones contractuales, el monto de la obligación resarcitoria proveniente de responsabilidad extracontractual o de acto constitutivo de delito está integrado por la magnitud del perjuicio efectivamente causado. Se comprende el daño material (emergente o lucro cesante); los daños presentes o futuros, directos o indirectos; asimismo, el daño moral y adicionalmente el daño a la persona, según lo dispuesto por el artículo 1985 del CC, concordante con el artículo 93 del CP.

Sin embargo, por razones de equidad, muchas veces se flexibiliza el principio de la reparación integral, dejándose sin reparación determinados daños; como, por ejemplo, en los casos de daños ocasionados por delitos contra el medioambiente<sup>73</sup>.

69 De Trazegnies Granda, 1988, p. 16.

70 De Ángel Yáguez, 1995, p. 55.

71 Aun cuando el artículo 1983 del CC establece que el juez puede determinar la proporción del daño que corresponde hacer frente a cada uno de los partícipes, cuando son varios los responsables, según «la gravedad de la falta de cada uno».

72 De Ángel Yáguez, 1993, p. 321.

73 En este sentido, De Ángel Yáguez hace referencia que, en la reunión del 18 y 19 de marzo de 1994, en la Universidad de Tilburg (Holanda), «se discutió si el principio de la reparación íntegra debería ser objeto de restricción, bien en general, bien en áreas específicas. Se dejó constancia que el significado de *ful compensatiion* está lejos de ser claro [...] y que un primer momento consistiría en establecer el montante de la cuantía del daño, y el segundo en incidir si todos los daños deben ser compensados» (1995, pp. 55 y 57).

Respecto al *daño a la persona*, a nuestro parecer, este concepto no resulta claro ni con contenido propio; pues, cuando se atenta contra un derecho de la persona, el perjuicio ocasionado se asimila tanto a los daños materiales o patrimoniales, como a los daños morales o extrapatrimoniales, no quedando lugar, en cuanto al resarcimiento, para una tercera categoría de daños. Distinto es que, dentro de los daños extrapatrimoniales o morales, se considere como especial categoría a estos daños a la persona; a la vez que también se puede comprender, dentro de los daños patrimoniales, a determinados daños ocasionados a la persona, siempre y cuando puedan evaluarse patrimonialmente. De ser así, se podrán aplicar, sin ningún problema, los criterios propios de este tipo de daños para evaluar su existencia y magnitud y de este modo se podrá propender a su efectivo resarcimiento. También en cuanto a los daños a la persona, el principio de la reparación integral o *full compensation*, así como la compensación objetiva, están lejos de ser una realidad. Los propios derechos de la persona, en el fondo, tienen un contenido patrimonial: la propia vida y las aptitudes personales tienen un valor económico consideradas como fuentes de ventajas personales para el sujeto o para otros<sup>74</sup>.

Asimismo, hay que considerar que los daños concurrentes, al momento de cuantificar el resarcimiento, tienen que resultar de la relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño, a la vez que tendrán que quedar vinculados al causante a través del correspondiente factor de atribución de responsabilidad.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual y por ende en la responsabilidad civil proveniente del delito, prima también el principio de la reparación integral; considerando para estos efectos no solo la responsabilidad que surge de un factor de atribución subjetivo, sino también de los factores objetivos de atribución de responsabilidad. Por tanto, también el resarcimiento del daño deberá determinarse de conformidad con el artículo 1985 del CC.

Deberá acreditarse en el proceso la existencia de todos los daños integrantes del resarcimiento mediante la prueba correspondiente, a la vez que deberán practicarse la respectiva valuación o valorización, así como la liquidación correspondiente. Es posible determinar el daño y el resarcimiento extraprocesalmente, para lo cual es indispensable que dicha valorización y liquidación sean aceptadas dentro del proceso.

Un problema que se presenta generalmente es el relativo a los *intereses* que devengaría el monto de la prestación resarcitoria; ya que la última parte del artículo 1985 del CC señala que el monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. Este precepto no resulta claro, toda vez que la prestación resarcitoria constituye una *acreencia de valor*; lo que significa

---

74 Ver Orgaz, citado por De Trazegnies Granda, 1988, p. 17.

que se adeuda una prestación no determinada monetariamente, aun cuando es determinable al momento en la sentencia, por lo que no correspondería aplicar el cómputo de intereses desde el momento de la causación del daño, sino recién a partir del momento en que se determina la prestación fijándose monetariamente el monto de la reparación.

La doctrina dominante considera que el cálculo de intereses se aplica a una obligación determinada, sobre todo a una obligación nominal o dineraria. Se afirma que la deuda de intereses no puede generarse si no preexiste una deuda principal, porque tiene siempre el carácter de pretensión accesoria. En el caso de la prestación resarcitoria, todavía no está determinada la entidad de la prestación, así como tampoco la magnitud de la misma. No está determinada la obligación principal. Y si bien es cierto que el agraviado por el delito puede solicitar como resarcimiento una prestación dineraria determinada, esta es solo referencial; ya que el monto de la prestación se determinará únicamente en la sentencia que ampare la pretensión. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia comparada es unánime, como dice De Ángel Yágüez refiriéndose a la jurisprudencia española, «la indemnización conducente a la reparación de daños y perjuicios tiene carácter de deuda de valor, por lo que su cuantía ha de determinarse con referencia no a la fecha en que se produzca la causa determinante del perjuicio, sino a aquella en que recaiga en definitiva la condena a la reparación, o en su caso a la fecha en que se liquide su importe en ejecución de sentencia»<sup>75</sup>. En nuestro medio, se admite este criterio en la sentencia de la Corte Suprema del 13 de agosto de 1991, donde se afirma que «se debe tener en cuenta que la obligación de indemnizar constituye en realidad una obligación legal de valor y no una de dinero, de manera que lo que se persigue es el efectivo resarcimiento del perjuicio causado en su real y actual valor de modo tal que la suma de dinero que se fije sea *in solutione* y no *in obligatione* [...]»<sup>76</sup>. Consecuentemente, el monto de la prestación resarcitoria solo

75 De Ángel Yágüez, 1993, p. 320. Este mismo criterio fue asumido por los vocales superiores participantes en el Pleno Jurisdiccional de las Cortes Superiores, llevado a cabo en Lima (en el mes de noviembre de 1997), donde se concluye que: «El daño es una deuda de valor y no una deuda de dinero y que por lo tanto, en concordancia con la función esencialmente reparadora o resarcitoria de la indemnización, debe buscar la actualización del monto de la indemnización al momento en que ésta es pagada [...]». De modo que no se entiende cómo en otro plenario concluyen exactamente lo contrario. Al parecer, ello reflejaría un nivel de improvisación al momento de tomar los acuerdos; los que felizmente no son vinculantes.

76 Según Cárdenas Quiroz: «La doctrina se ha referido a propósito de las obligaciones con pretensión dineraria, a las así denominadas obligaciones o deudas de dinero y obligaciones o deudas de valor. En las primeras, la prestación se fija en una determinada cantidad de moneda de curso legal, como simple medio de cambio, conforme a su valor nominal. En las de valor, por el contrario, el objeto de la prestación es precisamente un valor patrimonial o económico

podrá generar intereses a partir del momento de la sentencia. Antes, como en toda deuda de valor, su monto podrá actualizarse, incrementándose el contenido de la prestación principal de tal manera que la prestación indemnizatoria mantenga un poder adquisitivo equivalente al valor del daño causado. Pero este aumento no puede darse mediante la aplicación de intereses a una prestación inexistente antes de la sentencia.

### *1. Valuación del daño material o patrimonial*

La valorización y liquidación de los daños materiales o patrimoniales se determinarán objetivamente mediante la pericia valorativa correspondiente. Hablamos de determinación objetiva refiriéndonos al valor que tienen los bienes u objetos para todas las personas en general y no solo para el titular del bien o derecho afectado; pues todo bien u objeto habitualmente tiene un valor para el público y otro para su titular, por lo general el segundo mayor que el primero. De modo que si «se trata de un daño material, el resarcimiento significa reconstruir la integridad del patrimonio lesionado [...]. Para ello, según dice la doctrina, el juzgador desarrollará una operación lógica consistente en comparar la situación posterior al hecho lesivo con la que existiría o se habría producido si tal hecho no hubiera acaecido»<sup>77</sup>.

Sin embargo, para efectos de determinación de este tipo de daños, se considera el interés patrimonial del titular en general y no solo el bien materia del daño. En consecuencia, no solo el precio del bien, sino su utilidad<sup>78</sup>. Asimismo, conforme señala la jurisprudencia española, para el resarcimiento de daños es necesaria la prueba de ellos en forma categórica, sin que sean suficientes meras hipótesis o probabilidades, añadiendo la resolución que los perjuicios reales y efectivos han de ser acreditados con precisión, de modo que el perjuicio sufrido solo debe ser

---

determinable que se traduce en moneda de curso legal [...]. En las deudas de valor, en cambio, la prestación, aunque se resuelva en la entrega de una suma de dinero, tiene por finalidad mantener un poder adquisitivo o valor patrimonial concreto. En este caso el dinero es una medida del valor, debiéndose tener en cuenta la desvalorización del signo monetario y, por tanto, su poder adquisitivo real al tiempo del pago [...] Como dice Gustavino, en las primeras, el dinero es el objeto propio de la obligación y su entrega significa el cumplimiento específico y directo de la prestación originaria. En las segundas, el dinero no es el objeto propio, pero como la moneda tiene la función de ser el común denominador de todos los valores, ella entra a ocupar el lugar del objeto propio, o sea que no es la prestación originaria, sino una prestación sustitutiva» (1996, pp. 133 y ss.).

<sup>77</sup> De Ángel Yáguez, 1993, p. 319.

<sup>78</sup> Zanoni, 1991, p. 134.

resarcido con el equivalente del mismo, para lo que es imprescindible concretar su entidad real<sup>79</sup>.

Consecuentemente, para aspirar a la reparación de este tipo de daños, se tendrá que probar su existencia, determinar su entidad y practicar su liquidación debidamente, de manera objetiva, no resultando de aplicación criterios aproximativos o discrecionales, sean del juez o de quienes pretenden el resarcimiento.

## 2. *Valuación del daño moral o extrapatrimonial*

Dentro del sistema de división de los daños en materiales o patrimoniales y extrapatrimoniales o morales, estos últimos, por su naturaleza eminentemente subjetiva, resultan de difícil resarcimiento, precisamente por que de forma objetiva no se cuenta con un patrón de determinación de los mismos y, aun cuando pudieran determinarse, no existe un bien o valor capaz de repararlos. Sin embargo, resultaría inicuo, por decir lo menos, que estos daños quedaran sin resarcimiento, a pesar de que racionalmente se puede inferir que se han producido, aun cuando no pudiera establecerse con precisión su magnitud; por lo que resulta justo amparar su reparación. En este sentido, Espinoza Espinoza, quien habla de *daños subjetivos* y no propiamente de daños morales o extrapatrimoniales, afirma que «por la especial naturaleza del daño subjetivo, cual es la de ser inapreciable en dinero, no podemos negar su reparación, por cuanto ello es mucho más injusto que dar una indemnización, al menos aproximativa o simbólica, al sujeto dañado»<sup>80</sup>.

Al haber quedado establecido que se deben reparar los daños extrapatrimoniales, morales o «subjetivos», queda por determinar un instrumento que ayude a la fijación de su *quantum*; pues no basta con reconocer un tipo especial de daños, sino que debe establecerse una efectiva reparación del mismo. Con este fin, se debe contar con instrumentos que nos permitan cuantificar la magnitud de las consecuencias de un hecho dañoso a fin de tutelar al agente dañado. De lo contrario, si se fija un *quantum* irrisorio o tímido, como sucede en la práctica judicial, se termina por banalizar la existencia y la consecuente tutela del daño, con lo que el proceso judicial del resarcimiento del daño terminaría siendo una suerte de *lotería forense*<sup>81</sup>.

Para evitar esta incertidumbre, siguiendo a De Ángel Yágüez y a Espinoza Espinoza, podemos decir que, en materia de reparación del daño subjetivo y del daño moral, no existe una fórmula única e ideal para establecer su *quantum*,

79 De Ángel Yágüez, 1993, p. 319.

80 Espinoza Espinoza, 1994, p. 22.

81 Ídem.

quedando únicamente la *equidad* como criterio para fijar el monto de este daño, aun cuando este criterio no deja de ser subjetivo. Es decir, el juez determinará el monto del resarcimiento teniendo en cuenta la forma más justa aplicable al caso concreto. Por lo que cabe afirmar «que el criterio equitativo es el único capaz de traducir en términos monetarios el daño moral»<sup>82</sup>. Entonces, equitativamente y siguiendo a la jurisprudencia italiana, para efectos de la determinación del daño moral (sobre todo para los casos configurativos de delitos), podemos considerar los siguientes elementos:

- a) La gravedad del delito, que es más intensa cuando mayor es la participación del responsable en la comisión del hecho ilícito.
- b) La intensidad del sufrimiento en el ánimo, teniendo presente la duración del dolor, la edad y el sexo del lesionado.
- c) La sensibilidad de la persona ofendida, teniendo en cuenta el nivel intelectual y moral de la víctima.
- d) Las condiciones económicas y sociales de las partes deben ser superadas porque contrastan con el sentimiento humano y con el principio de igualdad.
- e) El vínculo de connubio o de parentesco.
- f) El estado de convivencia.

Igualmente, De Ángel Yágüez, refiriéndose a los daños extrapatrimoniales y a los daños a la persona, sostiene que:

[...] la doctrina italiana en concreto, insiste en que en este caso no cabe hablar propiamente de indemnización sino de *valoración equitativa*, en atención al considerable grado de apreciación subjetiva que lleva consigo la sentencia. Quizá porque, como escribió Forchielli en afortunada expresión, el daño no patrimonial y en concreto el daño a la persona, debe ser expresado solo en términos de relevancia moral y social. O como el mismo autor lo señala muy gráficamente, en estos casos el juez se encuentra sometido al compromiso de atribuir, a través de una variada utilización del metro pecuniario, un *consuelo* indirecto como compensación del daño sufrido por la víctima<sup>83</sup>.

En conclusión, podemos decir que, aun cuando no es fácil determinar la existencia de los daños extrapatrimoniales o morales, sí se puede racionalmente determinar su existencia y entidad. Asimismo, también es posible su determinación

---

82 *Ibíd.*, p. 25.

83 De Ángel Yágüez, 1993, p. 58.

equitativamente, siguiendo, de ser posible, los criterios anotados y de esta misma manera se puede determinar el *quantum* de la obligación resarcitoria.

#### D. Ejecución de la reparación civil

Como se sabe, por disposición expresa del artículo 101 del CP, concordante con el artículo IX del Título Preliminar del CC (así lo establece la doctrina ampliamente mayoritaria y la legislación comparada<sup>84</sup>), la pretensión reparatoria proveniente del delito es de naturaleza civil (privada) y, por tanto, son reguladas por el CC y el CPC, tanto más si se tiene en cuenta la primera disposición complementaria y final de este último.

Siendo así, debemos tener en cuenta que el CC establece cuáles son las fuentes de las obligaciones; es decir, los supuestos a través de los cuales una persona queda vinculada frente a otra, estableciéndose entre sí una relación deudor-acrededor. La *responsabilidad extracontractual* es una de las fuentes de las obligaciones, entre las cuales está la *obligación resarcitoria nacida del delito*. El deudor, agente del delito (en nuestro caso), sus partícipes y eventualmente el tercero civil, resultan ser deudores del agraviado por un monto equivalente al total del daño causado. Si estos deudores cumplieran con resarcir el monto total del daño, la obligación quedaría extinguida. Si este no fuera así, el agraviado o el Ministerio Público (como se ha visto) *demandará* su cumplimiento en el proceso penal, tal como lo establece la ley penal, procesal penal y también el inciso 1 del artículo 1219 del CC, concordante con los artículos I y III del Título Preliminar del CPC. En este caso, el agraviado se constituirá en actor o parte civil (demandante); pues necesita acreditar, en el proceso penal, la existencia del daño, su entidad y magnitud. Igualmente, el Ministerio Público puede incoar la demanda al estar legitimado por su ley orgánica y la norma procesal penal. Esta demanda resarcitoria concluye con la sentencia correspondiente, sea absolutoria o condenatoria. En esta última hipótesis, si se ha amparado la pretensión contenida en la demanda, se habrá determinado la existencia, entidad y magnitud de la obligación resarcitoria, surgiendo desde este momento una obligación líquida y exigible a cargo del o los condenados y el tercero civil, de ser el caso.

En este estado, la fuente de la obligación (responsabilidad extracontractual-delito), se convierte en *título de ejecución de la obligación*. El demandante (actor civil o Ministerio Público) habrá actuado como impulsor de la pretensión desde la interposición de la demanda hasta la sentencia. A partir de la sentencia, las partes y en general todos los sujetos procesales quedan vinculados por el título de ejecución

---

84 Ver al respecto Gálvez Villegas.

constituido por la sentencia. Cuando no se cumple con dicha obligación, se inicia el *proceso de ejecución*, cuyo efecto inmediato es la *ejecución forzada* (artículos 715, 725 y ss. del CPC).

A tal efecto, resulta también de aplicación la ejecutoria de carácter vinculante RN 1538-2005, del 20 de junio de 2005, en la que se resuelve sobre la participación del agraviado comprendido en la sentencia como titular del derecho al resarcimiento, pese a no haberse constituido en parte civil. Obviamente, la ejecución de la obligación resarcitoria, tal como lo establece el artículo 493 del CPP, está a cargo del fiscal provincial y del actor civil quienes deberán intervenir en su ejecución.