

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
UNIDAD DE POSGRADO

MAESTRIA JUDICIAL



TEMA: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN ABSTRACTO DENTRO DEL PROCESO PENAL
SALVADOREÑO Y SU INCIDENCIA EN LA VICTIMA."

TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL TITULO DE : MAESTRO JUDICIAL

PRESENTADA POR: LIC. JOSE ANTONIO FLORES

Dr. SAUL ERNESTO MORALES

ASESOR

Ciudad Universitaria, San Salvador, El Salvador, julio de 2013

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO

VICERRECTORA ACADEMICO

MAESTRA ANA MARIA GLOWER DE ALVARADO

SECRETARIA GENERAL

DOCTORA ANA LETICIA ZAVALETA DE AMAYAS

FISCAL GENERAL

LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO

VICEDECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES

SECRETARIO

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION

LICENCIADA MAGDALENA MORALES

JEFE DE LA UNIDAD DE POST GRADO

DR. REYNALDO GONZALEZ

DEDICATORIA

A mis hijos William y Roberto, por su comprensión y apoyo en el desarrollo de este trabajo; de igual manera a una persona muy especial, como es Rosa Delmy, que en todo momento estuvo a la par brindándome sus conocimientos y apoyo para enriquecer y finalizar este trabajo.

A mi querida Alma Mater, que en toda mi carrera como profesional del Derecho, me ha cobijado en la enseñanza con grandes maestros y a sentirme orgullo que soy producto de una generación de abogados con grandes sueños alcanzados, que de estudiantes parecían una ilusión.

A mis compañeros Jueces y Juezas, para que tomen consciencia en ese gran trabajo de administrar justicia y que no se olviden de aquellas personas que han sufrido un daño o perjuicio al momento de tomar una decisión y que equilibren los derechos generados por el Estado a favor del agresor, para no provocar grandes injusticias y evitar caer en arbitrariedad, por la que mañana ha de responderse por daños y perjuicio.

No puede dejar de agradecer a ese selecto tribunal calificador, formado por los maestros y doctores Armando Antonio Serrano, José Nicolás Ascencio y Rutilio Antonio Díaz, quienes con ese cúmulo de conocimientos en el área del Derecho y como profesionales en la materia, avalaron el trabajo realizado, Dios les bendiga.

No olvido que como cristiano siempre me aferré a ese Dios todo poderoso, el que nunca me ha abandonado y que en los momentos más difíciles ahí ha estado conmigo; gracias por todo lo que me has dado.

INDICE

ABREVIATURAS.....	i
INTRODUCCIÓN.....	ii
CAPÍTULO I	1
EVOLUCION Y GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	1
1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	1
2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	3
3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
4. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	6
5. OBJETIVO DE LA INVESTIGACION	6
6. MARCO DE REFERENCIA: DESARROLLO HISTORICO.....	6
7. SISTEMAS PROCESALES PENALES	24
8. LA JURISDICCION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	26
9. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	28
10. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.....	30
11. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.....	35
11.1. La imputabilidad.....	35
11.3. El Daño	37
11.4. La Relación de causalidad.....	42
11.5. La Culpabilidad.	45
12. DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRACONTRACTUAL	47
12.1. Según el nacimiento de la responsabilidad.....	47
12.2. Según su estructura.....	47
12.3. Daños Previsibles e Imprevisibles.	47
12.4. Carga de la Prueba.	47
12.5. Liquidación anticipada de los daños y perjuicios.	48
12.6. En cuanto a las cláusulas que modifican la responsabilidad.....	48
12.7. Según su combinación:.....	48
13. CONSECUENCIAS CIVILES DEL DELITO PENAL	51
13.1. Restitución.....	54
13.2. La reparación del daño.....	54
13.3. La indemnización a víctima	55

13.4. Las costas procesales	55
CAPÍTULO II	57
1. LA VÍCTIMA.....	57
1.1 DESARROLLO HISTÓRICO.....	57
1.2. LA JUSTICIA RESTAURATIVA	62
1.3. LA VÍCTIMA CIVIL EN EL PROCESO PENAL	64
2. MODALIDADES DE LA ACCION PENAL	74
2.1. LA ACCION PENAL PÚBLICA.....	75
2.2. LA ACCION PENAL DEPENDIENTE DE INSTANCIA PARTICULAR.....	76
3. CARACTERISTICAS DE LA ACCION PENAL	77
3.1. ACCION PENAL PÚBLICA.....	77
4. CARACTERISTICAS DE LA ACCION CIVIL.....	78
5. SUJETOS PROCESALES	79
5.1. SUJETOS PENALES.....	80
5.2. SUJETOS PROCESALES CIVILES.....	84
CAPÍTULO III	103
1. TEORIA DEL CASO	103
2. LA PRETENSION CIVIL	105
3. LA PRUEBA.....	110
3.1. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PRUEBA	112
3.2. OBJETO DE LA PRUEBA.....	114
3.3 ESTADOS BÁSICOS DE LA VALORACIÓN	117
4. LA SENTENCIA.....	117
4.1. GENERALIDADES.....	117
4.4. LA SENTENCIA CIVIL EN ABSTRACTO	128
4.5. LA FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA	132
5. LA EJECUCION FORZOSA.....	143
6. LIQUIDACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS	151
CONCLUSIONES	159
BIBLIOGRAFIA.....	164

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Cn.	Constitución de El Salvador
C.N.J.	Consejo Nacional de la Judicatura
C.S.J.	Corte Suprema de Justicia
D.O.	Diario Oficial
Ed.	Edición
Ob. Cit.	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
PrPn.	Código Procesal Penal
Pn.	Código Penal
Vid.	Véase
Cf. Pp.	Confróntese página
CPCYM	Código Procesal Civil y Mercantil

INTRODUCCIÓN

En el devenir histórico de la víctima a consecuencia de un delito penal, ésta ha sido objeto de una insensibilización de parte de gobiernos de turno y porque no decirlo de la misma sociedad, que han visto como causa primera únicamente la parte de la responsabilidad penal, olvidándose de la desesperación que experimenta la persona como efecto de ese injusto penal y a quien los tribunales penales hoy en día continúan desatendiendo, esto en razón que no hay uniformidad ni fundamentación en las resoluciones de las sentencias que dictan respecto al fallo en cuanto a la parte civil, lo que ha llevado a que en el nuevo Código Procesal Penal vigente a partir del uno de enero del dos mil once, se legitima sobre la responsabilidad civil en abstracto, lo que implica lo novedoso de esta investigación, ya que sobre ello poco o nada se ha escrito en El Salvador.

Este trabajo está compuesto de tres capítulos, el primero relacionado a la génesis de la responsabilidad civil, sus avances históricos, las diferencias que existen entre la responsabilidad contractual de la responsabilidad extracontractual, los elementos que han de considerar en algún momento los jueces penales sentenciadores para determinar cuándo procederá condenar en lo concerniente a la responsabilidad civil, específicamente en lo que respecta a la condena civil en abstracto y su desglose en cuanto a la restitución de la cosa, la reparación del daño causado, la indemnización por daños materiales y morales, y las costas procesales, todo como consecuencia del delito penal que sufre la víctima.

En el segundo capítulo se analizará como en el devenir histórico la víctima ha sido objeto de estudio por la ciencia de la victimología, lo cual ha dado mayor empuje a Organismos Internacionales para que a través de Convenciones, Tratados, Declaraciones se pronuncien y vayan dando las bases para que los diferentes Estados decidan en un equilibrio con las personas que son procesadas a protegerlas en cuanto a sus derechos, para que de esa forma tengan una participación más activa dentro del proceso penal y civil al momento de demandar una pretensión de responsabilidad civil, donde ese acceso a la justicia sea real y efectivo, sin que el mismo Estado a través de sus instituciones bloqueen su intervención en esa reclamación estableciendo exigencias burocráticas que lo que hacen es desanimar esa lucha, al momento del ejercicio de la acción en ambas jurisdicciones, donde el rol fiscal es de acomodamiento solo a su interés en cuanto a la pretensión de condena penal.

El tercer capítulo estará referido a la presentación de la teoría de caso en cuanto a la pretensión civil, básica para lograr un control de dominio al momento del juicio, la exigencia en la recolección de la prueba civil y su momento oportuno para ofrecerla al Juez, teniendo claridad en los principios que reglan esa prueba, su objeto a probar con la misma y la obligación que se tiene de motivar y fundamentar toda petición, con requerimiento mismo hacia los juzgadores, al tener éstos que dictar no solo una condena penal, sino también una declaratoria de responsabilidad civil, ya sea en concreto o en abstracto dentro del juicio penal, pretendiéndose además, generar una discusión si el Juez sentenciador penal debe ser quien ejecute la sentencia dictada como también liquide los daños y perjuicios hasta concretar la ejecución forzosa de ser necesario, buscando una justicia restauradora a favor de la víctima de un hecho delictivo.

CAPÍTULO I

EVOLUCION Y GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

SUMARIO: 1. Antecedentes de la investigación; 2. Justificación de la investigación; 3. Planteamiento del problema; 4. Enunciado del problema; 5. Objetivos de la investigación; 6. Marco de referencia: Desarrollo Histórico; 7. Sistemas procesales penales; 8. La jurisdicción de la Responsabilidad Civil; 9. La responsabilidad civil contractual; 10. La responsabilidad civil extracontractual; 11. Elementos de la responsabilidad civil extracontractual: 11.1. La imputabilidad; 11.2. La antijuridicidad; 11.3. El daño. 11.4. La relación de causalidad; 11.5. La culpabilidad; 12. Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual; 13. Consecuencias civiles del delito penal; 13.1. La restitución; 13.2. La reparación del daño; 13.3. La indemnización a la víctima; 13.4. Las costas procesales.

1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Consciente el Estado salvadoreño de la necesidad de hacer estudios y modificaciones a la Ley Procesal Penal de corte inquisitivo de 1973, para intentar ponerla a la vanguardia de otras legislaciones como Costa Rica, se forma una Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, conocida como CORELESAL, que concluye que: “.....el sistema penal requería de sendas reformas, dado el atraso en resolver los casos penales, por su lentitud de desarrollo, por las inobservancias de derechos hacia el imputado, donde se daba mayor importancia a la instrucción en relación a la fase contradictoria, recomendando una reforma integral orientada a tres grandes líneas, como eran: la constitucionalización de la ley procesal penal, su simplificación y su tecnificación, con la finalidad de despojar el proceso de todas las características del sistema inquisitivo.”¹

De ahí, que el 04 de diciembre de 1996, el legislador dicta un nuevo Código Procesal Penal, que entró en vigencia el 20 de abril de 1998, orientado a regular un proceso acusatorio, que fuera sencillo y comprensible para toda la población, en donde el Juez o Jueza desarrollara un rol protagónico de verdadero Director del proceso y no de un mero receptor de lo que planteen y soliciten las partes, regido bajo los principios de sencillez, contradicción, celeridad, intermediación, oralidad y valoración probatoria de acuerdo a la sana crítica, y en el que la víctima tuviera una

¹Anteproyecto del Código Procesal Penal, Comisión Redactora del Código Procesal Penal, Ministerio de Justicia, mayo 1993.

intervención activa e importante dentro de ese nuevo proceso, por considerársele como un sujeto procesal.

Respecto a la responsabilidad civil también dedicó un apartado especial y amplio para su regulación, otorgando a la parte fiscal que en los delitos de acción pública y de previa instancia particular, promoviera en su requerimiento y dictamen de acusación, lo concerniente a la acción penal y a la acción civil,² para que en una unidad de la jurisdicción se resolviera al momento de dictarse una sentencia condenatoria, no solo en cuanto a la sanción penal, sino también respecto a la responsabilidad civil, cuando se tuviera o no la cuantía de lo reclamado.

A pesar que el Código Procesal Penal vigente desde el 20 de abril de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2010, recibió muchas reformas por el legislador, por la razón primordial del auge de delincuencia en El Salvador, se dictó un nuevo Código Procesal Penal, bajo ese cúmulo de experiencia recibida durante esos años de existencia, generando un rol de mayor preponderancia a la víctima, ya que si bien, la parte fiscal puede instar la acción penal y la civil en los delitos de acción pública y de previa instancia particular, también se da nacimiento a una figura como es el actor civil, quien intervendrá a través de un Abogado y para mostrarse como parte civil, ofreciendo la prueba correspondiente respecto a la responsabilidad civil, con la novedad que el Art. 399 Inc.3° del Código Procesal Penal vigente, el legislador estableció que cuando no se tenga certeza del monto de la reclamación civil, el Juez pueda declarar la responsabilidad civil en abstracto y ordenar que su liquidación de la cuantía se ejecute en los juzgados con competencia civil.

En la actualidad respecto a ese proceder, no hay uniformidad de criterios en los operadores de justicia penal al momento de emitir sus fallos, ni se miden las consecuencias en que se somete a la víctima enviándola a un Juzgado de lo Civil y Mercantil, para que alegue su pretensión, porque la parte fiscal desde ese momento se desliga del caso penal, dejando en completo abandono a la víctima, a pesar de haber sido ellos, los promotores de esa acción civil juntamente con la penal al promover la acción penal respectiva.

² Art. 361 del Código Procesal Penal, vigente hasta el 31 de diciembre del 2010, publicado en el D.O. núm. 11 Tomo 334, de 20 de enero de 1997.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación referente a la condena sobre la responsabilidad civil en abstracto como consecuencia jurídica del delito, es una temática novedosa en el ordenamiento jurídico salvadoreño, ya que surge legalmente, a consecuencia del Código Procesal Penal, vigente a partir del uno de enero del año dos mil once, lo que implica que sobre ello escasamente se ha escrito en El Salvador.

Hablar de condena en abstracto en responsabilidad civil por los Juzgadores de los Tribunales de lo Penal, tiene una connotación que no fue estimada por el legislador al momento de dictar la norma que permite resolver de esa forma, ya que no consideró los efectos negativos en la víctima, cuando después de la vivencia de un evento traumático constitutivo delito, se le manda a que realice un procedimiento de liquidación de daños y perjuicios en la jurisdicción civil y mercantil, y posteriormente a ejecutar la sentencia declaratoria, complicando de esa manera su situación, por obligársele a incurrir en más gastos económicos, pérdida o inversión de tiempo, afectación de su salud mental, al experimentar una revictimización secundaria en otra área del derecho en búsqueda de una pronta administración de justicia, lo que no fue previsto al estudiarse el respectivo proceso penal, lo anterior se da porque en materia civil y mercantil, bajo el principio dispositivo, la iniciación de todo proceso corresponde al titular del derecho subjetivo, eso hace que la víctima desde ese momento sea la que conduzca esa reclamación, apartándose el ente fiscal en apoyo a la misma, lo que origina impunidad y por ende ineficiencia del sistema.

De ahí, que esta investigación se orientará a realizar un análisis de sentencias definitivas en materia penal y civil; se pretende entrevistar aplicadores de la ley con jurisdicción en lo penal y civil, a víctimas de ilícitos penales, revisión de jurisprudencia y fuentes bibliográficas, relacionadas a la temática de la responsabilidad civil, a fin de que ayude a mejorar la redacción, interpretación y aplicación de esa institución, para que al final los Jueces y Juezas tengan un mejor entendimiento de ella y generen una uniformidad de criterios sin violentar la independencia judicial, al momento de resolver en el juicio, lo que conllevará a una mejor calidad de la administración de justicia respecto a la víctima o perjudicado, como consecuencia de la responsabilidad deriva del daño causado por la acción u omisión calificada como delito.

De igual forma se pretende, que toda persona natural o jurídica afectada a consecuencia de la comisión de un ilícito penal conozca y ejerzan sus derechos, las obligaciones de los funcionarios y el mecanismo apropiado para hacer efectivas sus pretensiones. De modo que ésta investigación sirva como un insumo para aquellas personas naturales o jurídicas interesadas en este tema y en especial a las dedicadas a la protección de las víctimas para que en alguna medida conozcan la problemática y generen discusión en busca de una verdadera reforma legal que favorezca a esas personas afectadas por un delito penal.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Dentro del proceso penal por regla general la acción penal se ejercita juntamente con la acción civil, con probanzas separadas en cuanto a su la pretensión y con finalidades distintas, ya que una busca sancionar la conducta ilícita, con pena privativa de prisión y la otra, la responsabilidad civil causada como consecuencia de esa ilícito penal; acciones que se resuelven en un mismo juicio, a través de la sentencia definitiva.

Es así, que en el Código Procesal Penal recién derogado, se validaba esa unidad de la jurisdicción, sin ser drástico en la exigencia probatoria en lo que respecta a la responsabilidad civil, basado en la teoría positivista y a luz de lo establecido en el Art. 361 Pr.Pn, derogado, que permitía su fijación al Juez o Jueza del Tribunal de Sentencia, bajo criterios de la naturaleza del hecho, sus consecuencias y demás elementos de juicio que hubiere podido recoger, lo que generó una disparidad de criterios hasta arbitraria en su forma de establecerlo; al grado que algunos Juzgadores, sin basamento legal, comenzaron resolviendo condenas civiles en abstracto según ellos, para no generar impunidad, remitiendo a la víctima, a que por la jurisdicción civil se hiciera su reclamación; sin embargo, otros condenaban sin motivar su fijación en la sentencia.

Sin embargo, a consecuencia de la implementación de un nuevo Código Procesal Penal, vigente a partir del uno de enero del dos mil once, el legislador legaliza esa condena civil en abstracto, con influencia de Jueces de los Tribunales de Sentencia que ayudaron a la redacción del mismo, según ellos, para evitar esa disparidad de criterios al momento de fijar la cuantía de responsabilidad civil, rechazando de esa forma, la teoría positivista; pero sin hacer un estudio cualitativo si ello resolvería el problema y si la víctima o perjudicado, efectivamente acudiría a promover la acción civil de liquidación en los Juzgados Civiles y Mercantiles.

Ejercitada la acción penal y civil en el procedimiento penal, esta última ya no puede volver a intentarse en sede civil, debido a que se generaría una doble persecución si hubo sentencia definitiva; sin embargo habrá que determinar que sucede con la sentencia declarativa de condena en responsabilidad civil cuando se fija un monto determinado, como también al declararse en abstracto, tomando en cuenta si es aplicable el procedimiento de daños y perjuicios³ que se regula en el Código Procesal Civil y Mercantil y si requiere probanza nuevamente para efectos de esa liquidación, en especial cuando existan daños morales difícil de cuantificar.

En casos de delitos difusos que afectan a una colectividad de personas, no hay respuesta si se acudirá de forma individual con tantas certificaciones de la sentencia penal de condena en abstracto, a pretender hacer efectivo ese derecho en la jurisdicción civil como también, quien absorberá el costo económico de los trámites que se realizan y si el fiscal del caso podrá procurar en representación de ellos, dado que fue él quien tomó la decisión de instar ambas acciones en un solo proceso los abandonará.

Habrà que responder qué papel juega el Estado a través de sus instituciones en garantizar la efectividad de los derechos de las víctimas al enviarlas a la jurisdicción civil a realizar esa reclamación y si debe asumir subsidiariamente la obligación que no paga el condenado civilmente, en caso que éste no tenga bienes con qué responder.

Además es de dar respuestas a situaciones que en la práctica judicial se presentan como ¿Qué Juez será el competente para llevar a cabo la liquidación de años y perjuicios y la ejecución forzosa de la sentencia dictada? ¿Será el Juez de sentencia o el Juez penitenciario o el Juez de lo civil?; ¿Cómo se procede a establecer esa liquidez de daños y perjuicios? ¿Ante quién se recurrirá de la liquidación una vez determinada, al formar parte de una unidad con la sentencia en abstracto? ¿Por qué no es aplicable el Procedimiento Abreviado? ¿Cómo opera el gozar de un beneficio penitenciario, pero no se ha cancelado la obligación civil? ¿Será de por vida que se deja esa reclamación de daños y perjuicios? ¿Deberá responder el fiscal del caso por instar la acción civil y no presentar prueba para establecer la responsabilidad civil? ¿Qué papel de controlador juegan los jueces de sentencia en protección hacia la víctima?

³El Art.696CPCYM, establece un procedimiento sencillo para efectos de liquidación de daños y perjuicios, pero que se da en la ejecución de la misma y lo que hace falta es distribuirse económicamente lo que ordena la ejecución; pero cuando hace falta ésta, el legislador no estableció un procedimiento legal a seguir.

4. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

La condena de responsabilidad civil en abstracto dentro del proceso penal salvadoreño, es ineficaz frente a la víctima de un delito penal.

5. OBJETIVO DE LA INVESTIGACION

a. Objetivo general:

Determinar si la implementación de la condena de responsabilidad civil en abstracto dentro del Código Procesal Penal, generó impunidad, en perjuicio de la víctima.

b. Objetivos específicos

- Establecer la relación que existe entre la víctima como sujeto de derechos y el acceso a la justicia.
- Identificar los factores que inciden para que la víctima no acuda a los juzgados civiles y mercantiles, a promover la acción civil respectiva.
- Establecer que la condena civil en abstracto dentro del Código Procesal Penal salvadoreño y su envío a la víctima a la jurisdicción civil, es inoperante.

6. MARCO DE REFERENCIA: DESARROLLO HISTORICO

En el estadio primitivo, las formas de venganza⁴ se parecían más a guerras que a actos individuales; ya que en aquella sociedad el individuo no existía como tal, sino como integrante de una tribu, donde predominaba la reacción del grupo como forma represiva cuando se ofendía a uno de sus miembros; luego esa venganza permanente fue sustituida por la privación o expulsión generada por el poder colectivo que retiraba la protección al individuo, expulsándolo, dejándolo en un desamparo y proclive a una muerte segura⁵.

Siempre en el desarrollo de esta etapa primitiva, aparece la venganza privada que está referida como único medio de reacción ante el agravio sufrido, aquí no había una preocupación por los daños causados, regía la fuerza, donde el que ha sido lesionado trata de vengarse, de devolver mal con

⁴VIDAL RAMIREZ, Fernando. “*La Responsabilidad Civil*.”. En la obra colectiva “Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Dirección de José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006. Pág. 203.

⁵NAVAS CORNA, Alejandro, “*Breve Histórico de Derecho Penal*”, Colección Ciencia Jurídica No. 4, 1ra. Ed. Bucaramanga, Colombia, 1998, pág. 20.

mal, concibiéndose de esta forma la reparación del daño sufrido⁶, se hace una justicia por su propia mano, dando paso de esa forma a la individualización de la pena, basado inicialmente en el Código de Hammurabi⁷, que informan sobre la ley del talión, bajo aquella frase “ojo por ojo, diente por diente”, fundado en la proporción entre el daño causado y el castigo que se impone al culpable, tendiendo a evitar reacciones indeterminadas de los damnificados⁸; de esta forma la venganza se constituía en el castigo privado contra aquel que causaba daño a otro, quien no contraía ningún tipo de deber jurídico frente al ofendido, simplemente quedaba expuesto a la venganza de éste o de su familia, donde la sociedad no toma partido en el asunto.

No es de extrañar esa postura de la ley del Tali3n, en el sentido que ya el libro sagrado, como es la Santa Biblia, hablaba de ello, as3 en el libro de 3xodo, cap3tulo 22, vers3culos 1 y 5, dicen, en su orden, “si un hombre roba un buen o una oveja y los mata o vende, pagar3 cinco bueyes por el buey y cuatro ovejas por la oveja”; “si uno causa da3o en una chacra o en una vi3a, dejando suelto su ganado, de modo que pasc en campo ajeno, devolver3 con lo mejor de su propio campo o de su propia vi3a”⁹.

La aparici3n del sistema de composici3n voluntaria, nace como una nueva forma de resolver los conflictos; aqu3 la v3ctima tiene la posibilidad de admitir que su adversario le entregue una suma de dinero con la que consentir3 el perd3n, lo que se realiza por acuerdo entre ambos; de esa manera se rescata el agravio y se evita la venganza personal, asegur3ndose de esa forma el orden y la efectividad de las composiciones¹⁰; en el caso del depositario infiel, deb3 indemnizarse el doble del valor depositado (Tabla VIII.19); ya siguiendo el orden penal dice, que ante la lesi3n de una parte del cuerpo y no hay arreglo, reci3n se aplica el Tali3n (Tabla VII); de lo anterior se vislumbra que en esta composici3n voluntaria, la v3ctima de un delito privado, est3 en libertad, en algunas ocasiones de

⁶YZQUIERDO Tosalda, citado por RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos, en la obra “*Responsabilidad Civil*”, Curso de Derecho Privado Tomo II, 2^a. Edici3n; Ediciones ARETE, Costa Rica, p. 284.

⁷El C3digo de Hammurabi, creado en el a3o 1760 a. C., es uno de los conjuntos de leyes m3s antiguos que se han encontrado y uno de los ejemplares mejor conservados de este tipo de documento creados en la antigua Mesopotamia y en breves t3rminos se basa en la aplicaci3n de la ley del Tali3n a casos concretos.

⁸ As3 por ejemplo, se regula incipientemente sobre aspectos de responsabilidad civil, como decir: si un se3or roba un buey, un cordero, un asno, un cerdo o una barca a la religi3n, Estado, restituir3 hasta 10 veces; si el ladr3n no tiene con qu3 restituir, ser3 castigado con la muerte.

⁹ PEIRANO FACIO, Jorge. “*Responsabilidad Extracontractual*.” Editorial Temis. Bogot3 1981. P3g. 101.

¹⁰As3 por ejemplo, en la Ley de las Doce Tablas, se regula el incumplimiento de una parte de su promesa, obliga a 3sta a pagar el doble (Tabla VI.2); una v3ctima de usura pod3 recibir de un individuo el cu3druplo de la cantidad del inter3s usurario en la medida del exceso permitido (Tabla VII.18).

satisfacerse a través de la venganza personal o por el pago de una cantidad determinada pactada libremente.¹¹

Más adelante se fue acentuando la tendencia hacia la pena pública, se fue produciendo una evolución paulatina en favor del poder del Estado, dada la práctica constante de la composición voluntaria, que obliga a que ella se institucionalice, de manera que fuese éste quien determinara y aplicara las penas, dando paso así a la composición obligatoria o legal, donde la cuantía por el daño cometido, se fija por la ley, con esto la víctima no podrá hacer justicia por sí misma, siendo la autoridad a quien le corresponde fijar la cuantía y el causante del daño a aceptar obligatoriamente esa composición, la cual quedará al margen de toda tarifa, ya que habrán casos en que el pago de una cantidad de dinero no repara el daño, así por ejemplo cuando se atente contra el honor, donde el dinero no da respuestas al agravio causado, igual sucede en un homicidio, donde la imposición de una sanción penal al agresor, no repara el daño ocasionado.

Sin embargo más adelante se consideró la existencia de dos categorías de transgresión, la primera respecto a los delitos acción pública, reprimidos por la autoridad y la segunda, en cuanto a los delitos privados, en los que el Estado no interviene más que para evitar los conflictos y fijar la composición, ya sea del delito y las consecuencias de él, las que son de estricto cumplimiento.

Ya referido a la responsabilidad civil, dentro del derecho romano, se genera un mayor avance por medio de la “Ley Aquilia”,¹² que unifica todas las leyes referentes al daño injusto, el cual en los manuales de texto al decirse la responsabilidad civil aquiliana, se menciona como sinónimo de responsabilidad civil extracontractual. Lo novedoso de esta ley, es que reglamenta la revancha o venganza, en reconocer un derecho de que el responsable de causar daños económicos, deberá resarcirlos en igual condición económica de los causados, es decir era un “talión económico”,

¹¹YZQUIERDO Tolsada, Mariano, “*Responsabilidad Civil Contractual y extracontractual*”. Madrid. Reus, I, 1993. P. 30.

¹²En el Derecho Romano, en los años 286 antes de Cristo, se dicta la ley Aquilina, que trataba el daño injustamente causado, produciéndose una separación entre el hurto propiamente dicho y los daños patrimoniales, los cuales solo podían ser causados al padre de familia que era el que poseía el patrimonio. A raíz de la Ley Aquilia surge el concepto de “culpa”, que designa la conducta realizada de forma negligente que causa un perjuicio a un tercero. Esta ley desarrolla tres capítulos, de los cuales el primero y el tercero están referidos a la responsabilidad civil, ya que en su orden hacen mención al daño que se causa por la muerte de esclavos y animales cuadrúpedos; y a los daños causados en cosas. Su surgimiento tiene como finalidad negar la responsabilidad objetiva que hasta ese momento histórico de la evolución romana era el fundamento para justificar la condena a reparar el *damnum*.

siendo dos las vías procesales para reclamar los daños ocasionados, la primera que son las “acciones útiles” a través de la cual se entendía la reclamación a personas ajenas al propietario y las “acciones infactum”, la cual era concedida por el pretor en ejercicio de su imperium al caso particular.

De este Derecho Romano, se generan tres axiomas jurídicos básicos producto de la igualdad, como son “honeste vivere” (vivir honestamente); “Suum cuique tribuere” (dar a cada uno lo suyo); y “alterum non laedere” (no dañar a otro), de ahí entonces que el derecho no protege a quien causa un daño a otro, sino que lo que se genera es el nacimiento de una obligación a la que debe responder el agresor.¹³

Para Díez Picazo,¹⁴ los daños intencionales que reconocía el Derecho Romano, en resumen son: 1) Damnum iniuria datum: comprende todos los daños ocasionados a las cosas, que debía suceder por un hecho contrario a derecho. Si bien en un principio se admitía únicamente para daños intencionales, luego se amplió para hechos culposos. 2) Lesiones corporales y muerte de una persona: el Digesto en un texto de Ulpiano dice que se reconoce acción a la persona libre y no solo esclavo como en un principio, porque nadie es dueño de sus miembros. 3) Daños causados por animales: los daños que causaban los animales no estaban reconocidos únicamente por la ley Aquilia, ya la ley de las doce tablas, que se deroga casualmente por la ley Aquilia, regulaba los daños causados por los cuadrúpedos ordenando entregar el animal que causó el daño u ofreciendo la estimación del daño. 4) Dolo: como la Ley Aquilia solo concedía acción en los casos de daños al cuerpo, los demás perjuicios solo obligaban al autor del daño en caso de dolo, aunque tampoco se fijó con carácter general el principio de que todo daño causado con dolo debe ser reparado; y, 5) Injuria: esta acción tenía por objeto una pena privada, para un gran número de casos como ser

¹³Bernard Mainar, Rafael, en su libro “Curso de Derecho Privado Romano”, Caracas – Universidad Católica Andrés Bello, Ed. Casa del Libro, 2001, p. 39, al escribir sobre los referidos axiomas dice: “En la palabra del mismo Ulpiano, tres eran los conceptos básicos que aglutinaban el espíritu moral del Derecho Romano: “honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere” (vivir honestamente, no perjudicar a nadie, dar a cada uno lo suyo). El ámbito de lo honesto es más amplio que el de lo lícito, pero aun así está amparado en una noción de justicia entendida como virtud. El hombre honesto (vir honestus) coincide con el hombre bueno (vir bonus), el que actúa conforme a la ley y tiende el fin del bien común. Del mismo modo se ha de actuar siempre sin lesionar situaciones jurídicas ajenas, lo cual no obstante, puede plantear conflictos de intereses relevantes, pues el propio Derecho Romano reconoce que quien utiliza su Derecho no perjudica a nadie (“qui suo iure, neminem laedit”). Por último, en el plano de la justicia distributiva, es preciso dar a cada uno lo que le corresponde con arreglo al Derecho, como premisa esencial para la consecución de la justicia”.

¹⁴ DIEZ PICAZO, Luis, “Derechos de daños”, Civitas, Madrid, 1999, pp. 66-67.

algunos ataques al honor o la personalidad, pena que se media en relación con el perjuicio experimentado.

En la Edad Media, se tiene el primitivo Derecho Germánico, en el que a medida que interviene el poder público, la venganza privada acaba siendo sustituida por penas menos corporales, entre las que se encontraban ciertas penas infamantes, como cortar el cabello o marcar señales de fuego en la frente; someter a burlas o arrojar al causante al río cargado con piedras o un perro a sus espaldas¹⁵. Como estas penas debían ejercer una gran presión social se permitía redimir las con dinero. Luego la autoridad fijó los valores y se pasó del sistema de composición voluntaria a la reglada, no permitiéndose ya la opción. El quantum de la indemnización ya no se dejaba al libre arbitrio de las partes, sino que era fijado por un órgano superior. Así fueron separándose lentamente la responsabilidad civil de la penal y así también fue gradualmente aceptándose la noción de que el daño privado debía ser indemnizado mediante el pago de nada más que los daños causados.

En el Derecho Penal Germánico, es de importancia referirnos a la "Carolina"¹⁶, promulgado en 1532, en honor al Rey Carlos V de Alemania, que fue también Carlos I como Rey de España, ya que en él se pone empeño en la reglamentación de los procedimientos penales, tales como: Relega el sistema compositivo y privado, asignando carácter estatal a la actividad punitiva. Le da certeza al derecho. Quiebra la objetividad del derecho germánico introduciendo la consideración de factores subjetivos, como la admisión de la culpabilidad y la separada previsión de la tentativa. El sistema procesal era inquisitivo.

Dentro de esta etapa se tiene el Derecho Canónico, el cual a través de la iglesia católica, ejerce influencia en lo que respecta a la responsabilidad civil, ya que se intenta dotarla de un sentido moral similar al pecado, lo que implicó que la culpa se ubicara en un papel preponderante y así se generan postulados como "no hay responsabilidad sin culpa". Influencia que se expresa por ese enorme poder, espiritual y temporal que la iglesia tenía; sin embargo es de relevancia decir que a pesar de tener esa influencia, no ejecutaba la pena, lo cual era tarea del Estado, es así que el Derecho Penal Canónico comienza siendo derecho disciplinario para transformarse luego en Derecho Público,

¹⁵SAMBRANA MORAL, Patricia, "*Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales*", Revista de estudios históricos-jurídicos, XXVII, Valparaíso, España, 2005.

¹⁶TERRAGNI, Marco Antonio, "*Estudio sobre la parte general del Derecho Penal*", Ed. IvaniTosti, Santa Fe, Argentina, año 2000, p. 87-88.

donde la jurisdicción eclesiástica se daba por razones de fuero personal y por razones de materia: *delictamere eclesiástica y delicta mixta*¹⁷.

Las características de este periodo se marcaban, por la represión canónica que se ejercía en nombre de la divinidad, ya que existía confusión entre delito y pecado y la responsabilidad penal era predominantemente subjetiva. Partiendo de este periodo, se adquiere la norma que indica que la fuerza pública no puede ser ejercida en lugares sagrados, debido a que desde ese momento fueron consagrados como lugares donde existía una especie de tregua divina y a la vez, porque la iglesia no ejecutaba la pena de muerte (*Ecclesia non sinit sanguinem*) lo cual dio paso a la idea de que todos son iguales ante Dios.¹⁸

En Francia, la Revolución Francesa no sólo marca el fin de la Monarquía, sino que provoca el triunfo del Iluminismo, que pone fin al Oscurantismo de la Edad Media, época en la que no se podía pensar libremente, por lo que se aleja de las creencias religiosas para explicar el mundo y sus acontecimientos a la luz de la razón por sobre todas las cosas y la ilusión del hombre de poder dominar y conocer todo. Esta corriente de pensamiento tuvo en la Enciclopedia su correlato científico y en la Codificación el jurídico y no hace falta decirlo que entre los Códigos dictados por la Revolución Francesa, el Código Civil es el Código estrella que tiene ciertas características en cuanto a la responsabilidad extracontractual a saber: a) Obligación general de responder por el daño causado a otro; b) La imputabilidad del daño al autor del hecho no tiene otro fundamento que la culpa: no hay responsabilidad sin culpa; c) la culpa tanto puede ser intencional como por simple negligencia o imprudencia; d) Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella

¹⁷FONTAN BALESTRA, “*Carlos. Derecho Penal Introducción y parte General*”, 12ª. Edición, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, 1989, p. 45-46, refiere que el derecho penal Canónico, durante la edad media, reacciona contra la concepción objetivista del delito, dando significado al elemento subjetivo de la infracción; se exigió que en todo delito se diera el ánimo. Se clasificaron los delitos en tres categorías: a) El *delicta eclesiástica*, que atenta contra el derecho divino y son de exclusiva competencia de la iglesia; b) el *delicta mere secularia*, que lesionan tan solo el orden humano y se penan por el poder laico; y c) el *delicta mixta*, que violan tanto una esfera como la otra y son penados por ambos poderes.

¹⁸COLIN SANCHEZ, Guillermo, “*Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*”, 6ª. Edición, Edit. Porrúa, México, D.F.1980, p. 20, escribe que el procedimiento canónico tenía como bases las pesquisas, la realización de aprehensiones y la confesión como prueba contundente, para lo cual se aplicaba el tormento, no existía la defensa, hacían comparecer a los testigos; los juicios eran secretos, se utilizaba la escritura y el Juez goza de amplias facultades para formar su convicción.

convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones; e) sin daño no hay responsabilidad civil; y, f) la obligación de responder es una sanción resarcitoria y no represiva del daño causado.¹⁹

En el Derecho Español, es de referirse al Código Español de 1889 que tiene como antecedente legislativo el Código Civil Francés de 1804, también la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881, que era una obra calificada de ordenación y compilación de leyes y reglas, había de consistir en "restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios consignadas en las antiguas leyes"; influenciado por el proceso romano canónico o común recibido principalmente en las Partidas, que dentro del siglo XIX ha tenido lugar en los principales países europeos, principalmente en Italia y Alemania.

Sin embargo hacia fines del siglo XIX era evidente que la necesidad de demostrar la culpa como condición de procedencia llevaba a muchas injusticias. El mundo para el que fue pensado el Code había cambiado por influjo de la aparición de máquinas, cosas peligrosas y fundamentalmente por el cambio de un sistema artesanal de producción basado en la agroindustria a un sistema de producción en masa de bienes industriales. Más adelante la autoridad interviene en las controversias entre particulares; pero al mismo tiempo sanciona al que embiste o inflige perjuicio; no obstante, en un principio se atacaba solo a los infractores directos, pero se determinó que habrían unos ataques, que no eran dirigidos solo a la víctima, sino que perturban el buen orden, es así que se castiga a los autores de las infracciones más graves, tal como asesinatos, robos, provocándose de esa forma dos categorías de transgresiones, una respecto a los delitos públicos, reprimidos por la autoridad y otro referida a los delitos privados, en los que la autoridad no interviene más que para evitar los conflictos y fijar la composición para que en una forma amistosa se resuelva la problemática planteada.

Dentro de esa evolución histórica, los intereses públicos prevalecieron sobre los intereses privados, dando lugar a la separación entre la acción penal y la acción civil, con clara distinción entre la pena y la reparación del daño, en la primera, se busca la imposición de una pena al culpable, en un interés público y en la segunda, se busca el resarcimiento del daño, en el interés privado de la víctima. Ello dio lugar a dos teorías como son la teoría Clásica²⁰ y la teoría Positivista²¹, la primera identificó la

¹⁹DE AGUIAR DIAS, José, *“Tratado de la Responsabilidad Civil”*, Tomo I, Edit. José M. Mojica, JR, S.A., 1957, pp. 35-36.

²⁰ PALLARES, Eduardo, *“Tratado de las Acciones”*, Editorial Porrúa, 11ª. Edición, año 2005, p. 16, cita a Savigny, refiriendo que éste, identifica la acción procesal con el derecho material, bajo el precepto que la

acción con la pretensión misma, consideró a la acción para reparación del daño como un derecho subjetivo de la víctima, sin separar la acción civil de la penal; y la segunda, determinó que la reparación del daño no solo es una obligación del delincuente a favor del damnificado, sino que debe ser una sanción penal por el interés de la defensa social, donde los jueces debían ordenar la liquidación por daños para evitar dilaciones o un nuevo proceso de carácter civil, fundamentándose ese pago en la doctrina de la defensa social.²²

La interrupción del Derecho Civil en el proceso penal tiene por resultado la incorporación del primero en este último, lo que produce una transformación radical de la estructura del proceso penal, transformación que se refleja claramente en las máximas que orientan y disciplinan el proceso, entre estas se encuentra el principio de legalidad, con el cual el monopolio de la acción penal en manos del Estado, solo se justifica en la medida en que el Estado se encuentre obligado a actuar en lugar de las personas que en él habitan; de lo contrario se podría originar un vacío en la persecución penal, que colocaría a la víctima en situación de conformarse con el agravio sufrido o de hacerse justicia con su propia mano, situaciones que en alguna medida acabarían por socavar la base de confianza sobre la que se legitima la actuación del Estado.

Hoy en día en diversos modelos procesales se permite el sistema de elección de las acciones, al reconocerse el carácter privado de la acción civil, donde se deja a la libre voluntad del damnificado su ejercicio, tanto en el ámbito penal como en el civil; con la salvedad que no puede ejercerse

acción era el propio derecho subjetivo amenazado o lesionado puesto en movimiento y en estado de defensa presto a eliminar todo obstáculo que atentase contra su existencia y eficacia, enfrentando el problema de no poder dar explicación en los casos en que la sentencia no respondía a la pretensión del actor, ya que sin existencia de un derecho no podría haber acción.

²¹CREUS, Carlos, "*Reparación del daño producido por el delito*", 1ra. Ed. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p.16, hace alusión que en el proyecto Italiano de 1921, a partir del reconocimiento del derecho al resarcimiento como Derecho Público, se impone al Juez penal la obligación que toda sentencia condenatoria que dicte cuando corresponda, se pronuncie sobre el resarcimiento de esos daños e incluso debe dictarse como una garantía, como una hipoteca legal sobre los bienes del condenado, sujeta a la condición del cumplimiento de dicha obligación o el compromiso de cumplirla en un plazo determinado, introduciéndose estas circunstancias como presupuesto de modalidad de la condenación condicional, de la concesión de la libertad condicional, de la rehabilitación y de la restitución de la caución de buena conducta.

²²No hay duda que hasta la Teoría generó una situación clara, de cómo es la autonomía de la acción civil y la acción penal, la cual es vigente a esta fecha, y es evidente en el Art. 77 del Código Penal, que refiere que al otorgarse el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, debe cancelarse la obligación civil proveniente del delito o debe garantizar su cumplimiento. El Art. 24 Inc. 3ro. del Código Procesal Penal vigente, hace alusión que al otorgarse la suspensión condicional del procedimiento se debe haber reparado los daños causados por el delito o asumido formalmente la obligación de repararlos.

ambas al mismo tiempo en jurisdicciones diferentes²³, dado que existe la posibilidad que se dicten fallos contradictorios, provocando una ruptura del principio de la “unidad de la jurisdicción”²⁴, que es el basamento de ejercitarse la acción civil en la penal. Dentro de estos sistemas tenemos: a) Sistema de separación de las acciones civil y penal, seguido en Alemania y países anglosajones, donde se mantiene su plena independencia y se ejercita conforme a las normas del proceso civil, en su respectiva jurisdicción; b) Sistema de las acciones que son insolubles, el cual sostiene que ambas acciones tienen el mismo fundamento, que es el interés público; y, c) Sistema de elección de las acciones vigente en la mayoría de los modelos procesales, donde se deja al damnificado en libertad de ejercer la acción civil dentro o fuera del proceso penal, con la prohibición de ejercerla simultáneamente en las dos jurisdicciones.

Lo importante es que con ello se permite al damnificado ejercer esa acción civil dentro del proceso penal, rompiendo de esa forma ese principio “dispositivo”²⁵ que obliga a que su ejercicio se haga en sede civil e impidiendo que el Estado se apropie de ese derecho subjetivo, que en la práctica queda en abandono. Con ello se procura un buen ejercicio, dado que el damnificado participa activamente en la probanza del resarcimiento causado producto del delito penal con resultado a corto plazo y una merma económica. También deja a discreción del damnificado el ejercicio de la acción civil no se promueva en la jurisdicción penal, dejándole el derecho para que lo haga por separado en la jurisdicción civil.

Con ello se está claro que la restitución, reparación e indemnización de daños, si bien son consecuencia jurídica del delito, no deben considerarse como sanciones penales, ya que entre ambas existen claras diferencias, que han servido para la tesis de la separación de las acciones en el ámbito penal y civil, así el legislador salvadoreño ha establecido la existencia de delitos de acción pública, donde la promoción de la acción civil le es asignada a la Fiscalía General de la República, al

²³HERRARTE, Alberto, “*Derecho Procesal Penal Argentino*”, Tomo I, Vol b, Editorial Hamurabi, S.R.L., Buenos Aires, 1989. P. 67.

²⁴La unidad jurisdiccional es el principio aplicable al ejercicio de la potestad jurisdiccional por el cual le compete sólo a los órganos judiciales, jueces y tribunales, en su función aplicativa, determinar lo que es Derecho en caso concreto y en forma irrevocable; esto es, con fuerza de cosa juzgada, a través del proceso y dentro del ámbito constitucionalmente demarcado.

²⁵Art. 6 LPCYM “La iniciación de todo proceso civil o mercantil corresponde al titular del derecho subjetivo o interés legítimo que se discute en el proceso; y dicho titular conservará siempre la disponibilidad de la pretensión. Las partes podrán efectuar los actos de disposición intra-procesales que estimen convenientes, terminar el proceso unilateralmente o por acuerdo entre las mismas y recurrir de las resoluciones que les sean gravosas, de conformidad a lo dispuesto en este Código.”

estar en presencia de un delito penal de acción pública, salvo que la víctima se constituya como parte querellante, impidiendo de esa forma la automatización al ente fiscal; situación mismo en que se encuentran los delitos de acción pública previa instancia particular, ya que de no autorizar la víctima su promoción, no puede el ente fiscal referirse a ella, lo que rompe con el monopolio del ejercicio de la acción penal, de la cual se ensalza la Fiscalía General de la República, provocando en algunos casos la impunidad.²⁶ Muy claramente sucede en los delitos de acción privada y de acción pública previa instancia particular; donde ese monopolio se restringe, dejándole posibilidades de maniobra a la víctima en busca de lograr la reparación del daño civil ocasionado.

Tales diferencias han dado lugar a la tesis de la separación de las acciones, siendo la acción procesal por medio de la cual se ejerce esa pretensión de que se repare el daño, distinta de la que persigue la aplicación de la pena, la que se ve de manifiesto timoratamente en la legislación procesal salvadoreña, respecto a los delitos de acción privada²⁷, como también en los delitos de acción pública, conforme lo señala el legislador, al decir que por regla general en los delitos de acción pública, la acción civil se ejercerá conjuntamente con la penal, posibilitando que la primera se plantee en la jurisdicción civil, impidiendo que se generen ambas al mismo tiempo en sedes diferentes; lo cual es razonable, ya que entre ellas hay claras diferencias que las separan, así:

a) En materia penal, la sanción es personalísima, expira con la muerte del imputado, no se puede traspasar a sus herederos, como si sucede en materia civil; ²⁸ b) En materia penal, las penas únicamente pueden ser cumplidas por el autor del hecho; en materia civil, pueden ser cumplida, no solo por el autor del hecho, sino también por un tercero subsidiariamente²⁹; c) En materia penal, las condiciones subjetivas del autor del hecho sirven para graduar la pena, mientras que en la

²⁶Es de referirse a que ese monopolio de la acción penal otorgado a la Fiscalía General de la República, se está viendo mermado, debido a que a partir del 16 de setiembre del 2012, el Art. 17Pn, adiciona dos incisos más, diciendo que interpuesta una denuncia, aviso o querrela, el fiscal tiene 4 meses a partir de la fecha de la denuncia, aviso o querrela, para pronunciarse; si no lo hace la víctima podrá exigirle que lo haga con respuesta en el plazo de cinco días; caso contrario se le faculta para acudir al fiscal superior, para que éste ordene al fiscal del caso se pronuncia al respecto, dándole para ello tres días; en caso de ser negativo, se produce de pleno derecho la conversión de la acción penal y que según el Art. 29PrPn, esa transformación genera que la acción pública, se convierta en acción privada, lo que implica que a través del procedimiento especial por delito de acción privada, señalado en el Art. 439 PrPn puede realizar no solo esa reclamación penal, sino también la civil. Diario oficial No. 58, Tomo 394 de fecha 23 de marzo de 2012.

²⁷Art. 44 PrPn. “En los delitos de acción privada podrá ejercitarse la acción civil conjuntamente con la penal, o solo aquella en la jurisdicción civil o mercantil. En el último caso la acción penal se tendrá por renunciada.

²⁸Art. 122 Pn, señala que la obligación de la reparación civil es transmisible a los herederos del deudor, que en este caso será el imputado.

²⁹ Así por ejemplo el propietario de un autobús que contrata a un motorista temerario y tiene un accidente de tránsito, donde resultan varias personas lesionadas, Art. 120 Pn.

estimación de las consecuencias civiles del delito no tienen incidencia, pues estas se cuantifican en atención al perjuicio real, psicológico o moral causado; d) En materia penal, no se puede renunciar de la pena; en materia civil, las consecuencias civiles pueden ser renunciables, transferibles o transarse; e) En materia penal, la acción nace de un delito; en materia civil, la acción nace de la necesidad de reparar un daño; f) En materia penal, la acción es de orden público. En materia civil, la acción es de orden privado; g) En materia penal, la pretensión es eminentemente punitiva. En materia civil, la pretensión es de resarcir el daño; y, h) En materia penal, están en juego intereses públicos; en materia civil, están en juego intereses privados.

Influencia extranjera en la legislación salvadoreña.

No debe de olvidarse que el proceso romano tuvo vigencia en España, cuando ésta fue provincia de Roma y que por medio del Derecho Canónico vuelve a España e impone el Código de Instrucción Criminal, a través de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español de 1872 y 1882 y del Código Italiano de 1930, donde El Salvador se vio inmerso e influenciado por esa corriente española. Por tal motivo se tomara como referentes dos países del cono Sur, como son Chile y Argentina, que abanderan en materia civil y penal y posteriormente se considerará la situación de El Salvador.

En cuanto a Chile, lograda la independencia, continuó bajo el sistema jurídico colonial español, ya que a pesar de generarse nuevas Constituciones en las provincias y leyes para afianzar el nuevo orden de cosas, no había existido tiempo ni tranquilidad para sustituirla. Sin embargo, llegado el momento, el venezolano Andrés Bello, en 1840 inicia la tarea de codificar el Derecho Civil, terminando su obra en 1855, la cual entró en vigencia en 1857, permaneciendo en vigor desde ese entonces, siendo la fuente principal de inspiración, las Siete Partidas de Alfonso X (un texto de derecho común), aunque, en materia de obligaciones y contratos, lo fue el Code Civil Napoleónico basado en los principios fundamentales como: la Autonomía de la voluntad; la Protección a la Buena Fe; la Sanción al enriquecimiento sin causa; y la responsabilidad civil contractual y extracontractual.³⁰

³⁰Principios que se mantienen en el vigente Código Civil, así: el de la autonomía de la voluntad, en el Art. 1416, que dice: “Todo contrato legalmente celebrado, es obligatorio para los contratantes, y sólo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales. Buena Fe, en el Art. 1417, “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. Al referirse al enriquecimiento sin causa, debe entenderse que todo aumento del

Dentro de esa legislación chilena, se encuentra el libro IV, que regula lo que son las obligaciones en general y de los contratos, siendo esta la parte más cercana al Código de Napoleón. Aquí se regula la forma de manifestar la voluntad en el campo del derecho y todas sus condicionantes, establece el objeto y la causa del acto jurídico y los medios para dar validez a la voluntad. Se regula los principales contratos utilizados en la vida común el arrendamiento, compraventa, permuta, etc., se sirvió de inspiración al legislador salvadoreño para la elaboración del Código Civil.

En cuanto a Argentina, su Código civil, fue redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, como culminación de una serie de intentos de codificación civil que tuvieron lugar en el país. Fue aprobado a libro cerrado, es decir, sin modificaciones, el 25 de septiembre de 1869 y entró en vigencia el 01 de enero de 1871, el que a pesar de numerosas modificaciones desde ese entonces, sigue constituyendo la base del Derecho Civil argentino, que tuvo su influencia en los principios liberales del siglo XVII y sus principales fuentes, el Código Civil Chileno, el Código de Napoleón; la legislación española vigentes a ese momento; el derecho romano y el derecho Canónico, estableciéndose que "no habrá acto ilícito previsible para los efectos de este Código, sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia "y que "todo el que ejecute un hecho que por su culpa o

patrimonio de una persona debe tener una razón justificada, sobre ello, se plasma en el Código Civil las disposiciones siguientes: Art. 1338 No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa, el motivo inmediato que induce a contraer la obligación, y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tienen una causa ilícita. Art. 1552 La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato. Art. 1448 El pago hecho al acreedor es nulo en los casos siguientes: 1° Si el acreedor no tiene la administración de sus bienes, salvo el caso del artículo 424 inciso 2°, o en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, y en cuanto este provecho se justifique con arreglo al artículo 1558; 2° Si por el Juez se ha embargado la deuda o mandado retener su pago; 3° Si se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso. Art. 2046 Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado. Sin embargo, cuando una persona a consecuencia de un error suyo ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho de repetición contra el que a consecuencia del pago ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito; pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor. Art. 2048 Se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento una obligación puramente natural. Art. 2076 Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito, cuasidelito o falta, según el artículo 2070.

negligencia ocasiona un daño está obligado a la reparación del perjuicio", ambos artículos relativos a la responsabilidad extracontractual.³¹

Por otra parte en El Salvador, en 1855, se publica la Recopilación de Leyes Patrias, redactado por el Presbítero y Doctor Isidro Menéndez, bajo la administración del Presidente José María San Martín, recopilación que comprendía todas las leyes vigentes a esa fecha en El Salvador, apareciendo disposiciones vigentes de la Constitución española de 1812 y en particular un capítulo "De las atribuciones de los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal". Por lo que resulta inevitable aceptar que la legislación en sus orígenes estuvo ligada a la legislación procesal española y ello se debió a la colonización a la que fue sometida; sin embargo, al lograr la independencia, fue necesario mantener parte de esa legislación mientras se cimentaban y decretaban las leyes salvadoreñas, pero una vez promulgadas, se conservaron en un carácter supletorio para resolver y cubrir los vacíos legales que se presentaran. Dentro de ese ordenamiento español se tiene El Fuero Juzgo³²; El Fuero Real³³; y Las Siete Partidas³⁴, las que rigieron en ese momento a los países centroamericanos, en lo que no estuviere limitado por las Leyes de Indias.

Luego de la independencia en América Latina y en especial en Centro América, a falta de legislación continuaron aplicándose la legislación española de esa época,³⁵ hasta el 01 de julio de 1823, luego que en Guatemala se instauró la Asamblea Nacional Constituyente de las Provincias Unidas hasta que el 14 de marzo de 1824, toma posesión el primer congreso en El Salvador y se dicta la primer constitución ese mismo año, que tiene incidencia para que el 12 de junio de 1854 se editara la recopilación de leyes patrias, que llevó por nombre Recopilación de las leyes de El Salvador en Centroamérica, elaborada por el Presbítero y Doctor Isidro Menéndez.

³¹La diferencia entre la ilicitud y la pena radica, según tesis general de la jurisprudencia, en que la primera viola solo intereses subjetivos de los particulares y la segunda vulnera el interés general, rigiéndose por preceptos penales. La distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual parte de la existencia o no de un vínculo previo entre las partes. Así se puede definir la responsabilidad extracontractual como la que nace de un daño producido a otra persona sin que exista una relación jurídica convenida entre el autor del daño y el perjudicado, ENCICLOPEDIA JURIDICA. www.encyclopedia-juridica-biz14.com

³²Código de la monarquía española que sucedió a la caída del poder romano y en sus preceptos se reflejaba fielmente la sociedad para cuyas necesidades se dictaba y fue más adelantada que ninguna otra.

³³Fuero que se concedía por el rey a diversas ciudades según su libre criterio, en general para el beneficio del comercio de las mismas y para asentar el poder de la corona frente al feudalismo de la época.

³⁴Como su nombre lo indica de siete partidas propiamente dichas, cada una contiene sus leyes respectivas que versan sobre diversos tópicos. Cada Partida está dividida en títulos y éstos en leyes.

³⁵El acta de independencia, suscrita en el palacio nacional de Guatemala el 15 de septiembre de 1821, en su ordinal 7º que dice: Que entre tanto, no haciéndose novedad en las autoridades establecidas, sigan estas ejerciendo sus atribuciones respectivas con arreglo a la Constitución, Decretos y Leyes, hasta que el congreso indicado determine lo que sea más justo y benéfico.

Más tarde en 1857, se dicta el Código de Procedimientos y Formulas Judiciales, compuesto por tres partes, donde en su segunda faceta se ubicaba el Procedimiento Criminal en Primera Instancia, que constaba de un solo libro en lo que respecta a la administración de justicia criminal y el que años más tarde plantea la separación entre lo penal y lo civil, poniéndola de manifiesto en 1863, con el denominado “Código de Instrucción Criminal”; dando paso a la creación del Código Procesal Civil.

En 1882 se dicta un nuevo Código de Instrucción Criminal, que se mantuvo vigente por más de noventa años hasta que fue remplazado por un nuevo Código Procesal Penal, con fecha 22 de octubre de 1973, el cual fue derogado y sustituido por otro Código Procesal Penal, de fecha 04 de diciembre de 1996, vigente hasta el 20 de abril de 1998. Cabe mencionar que dicho código señalaba el respeto a los principios Constitucionales y al Derecho Internacional, donde se concebía a la persona humana como la razón de ser y sobre la cual debía girar el ordenamiento jurídico; sin embargo, éste fue derogado, dando paso a otra nueva ley adjetiva, vigente hasta este momento, a partir del 01 de enero del 2011, que se vio beneficiada en gran medida por las reformas realizadas al anterior Código Procesal, ya que éstas permitieron marcar en la nueva ley reglas claras respecto a la recolección, admisión, incorporación y valoración de la prueba.

Asimismo desde la época de la independencia hasta la actualidad, El Salvador ha promulgado cuatro Códigos de Procedimientos Civiles: el primero es el Código de Procedimientos y de Fórmulas del 20 de enero de 1857; el segundo del 24 de enero de 1863, reeditado en el año 1878; el tercero es el promulgado del año de 1881, que ha tenido cinco ediciones: la primera en el año 1893; la segunda en el año de 1904; la tercera en 1916; la cuarta en 1926 y la última en el año 1948, siendo éste último sustituido en el 2010 por el Código Procesal Civil y Mercantil.

Lo novedoso fue que en el primer Código se hizo una separación entre las disposiciones procesales de naturaleza civil y criminal, llamado Código de Procedimientos Civiles, Criminales y Judiciales y el de Fórmulas. En el segundo Código, se tornó más evidente la separación entre lo civil y penal, debido a que se dividía en dos cuerpos de leyes, el primero referido al Código de Procedimientos Civiles y el segundo, al Código de Instrucción Criminal, teniendo cada uno de ellos su respectivo procedimiento.

De igual forma el 23 de agosto de 1859 en el periodo presidencial del General Gerardo Barrios, se dicta una novedosa legislación como es el Código Civil, vigente hasta esta fecha, aunque con algunas reformas. Dicho código especifica en su libro cuarto, las obligaciones en general y de los contratos, siendo su Art. 1308, el que provee de una definición válida en la actualidad de cómo es que "las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos, faltas y de la ley".³⁶

Que junto a la ley procesal adjetiva, también ésta se combina con la ley sustantiva penal, donde se configuraban los ilícitos penales con su correspondiente consecuencia al violentarse, es así que a pesar de formar parte El Salvador, de la Federación Centroamericana, se dicta el primer Código Penal, que tuvo como base al Código Penal español de 1822, luego se revisa y reforma, elaborándose nuevas leyes que culminan en el Código de 1859; modificado en 1881, concretándose en el de 1904, el cual se mantiene con algunas reformas, estableciéndose los criterios para determinar la pena y que se orientaban en el Art. 16 diciendo, "Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, son las que se comprenden en la siguiente escala general como Penas Principales: Muertes, presidio, prisión mayor, prisión menor, arresto, multa. Penas Accesorias: Pérdida o suspensión de ciertos derechos, comiso, pago de las costas y gastos del juicio. En su Capítulo IV, define las reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes.

El 03 de abril de 1882 se dicta una nueva normativa en materia penal, siendo esta el Código de Instrucción Criminal, que entró en vigencia 17 días después; su nombre fue tomado de la legislación francesa, estableciéndose en el Art. 420 que "Para graduar y aplicar la pena, el Juez debe calificar en la misma sentencia el grado de culpabilidad del delincuente, cuando el delito no tiene impuesta

³⁶Art. 2035 CC, Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito o una falta. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito. En este título se trata solamente de los cuasicontratos que nacen del hecho voluntario de una de las partes. Art. 2036 CC, Hay tres principales cuasicontratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad. Art. 2065 CC, El que ha cometido un delito, cuasidelito o falta, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el hecho cometido. Art. 1309 CC. Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

una pena indivisible o determinada, atendiendo para uno y otra cosa a las reglas contenidas en el libro primero del Código Penal. Un nuevo Código Penal se publicó en el diario oficial el 30 de marzo de 1973 y vigente el siguiente año, luego de estar vigente por más de noventa años. Otro Código Penal, es el publicado en el diario oficial de fecha 30 de abril de 1997, vigente a partir del 20 de abril de 1998.

El Código Civil que data del 23 de agosto de 1859, en el título XXXV del Libro Cuarto, se orienta a distinguir entre los delitos y cuasidelitos,³⁷ los que son retomados en el Código Penal de 1973, donde en su artículo 20, dice que “los hechos punibles se dividen en delitos y faltas” y establece como regla general, que en los delitos perseguibles de oficio la acción civil dentro del proceso penal se ejercerá por la Fiscalía General de la República.³⁸ Y en los Arts.130-147, refiere que toda persona responsable de un delito o falta, lo es también civilmente. Todo el que haya sufrido daño que provenga del delito, tiene derecho a la reparación e indemnización del daño causado.

También el 22 de octubre de 1973, se promulga un nuevo Código Procesal Penal, en el que se dice en el Art. 89, que la acción civil se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, contra los partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable. Se dice en el Art. 508, que en la parte resolutoria de la sentencia condenatoria resolverá igualmente sobre el monto de la responsabilidad civil, la persona que debe percibirlo y los obligados a satisfacerlos. Respecto a la ejecución de la sentencia civil, se dice que los condenados a restitución y al pago de reparación de daños, indemnización de perjuicio y satisfactorios de costas fijadas, las que se harán efectivas por el mismo Juez que pronunció la sentencia de primera instancia, manteniéndose el Código de Procedimientos Civiles.

Con fecha 30 de abril de 1997 se dicta un nuevo Código Penal, que entra en vigencia hasta el 20 de abril de 1998, que en lo concerniente a la responsabilidad civil refiere que la ejecución de un

³⁷LOPEZ MESA, Marcelo J, “*Curso de derecho de las obligaciones III*”, Ediciones Depalma Buenos Aires, 2002, p. 108, en cuanto a los cuasidelitos, dice que éste se diferencia del delito penal, debido a que este último puede ser doloso o culposa y siempre es producto de una tipificación legal, mientras que el delito civil solo puede ser doloso. No son plenamente coincidentes entonces las figuras del delito civil y delito penal, pudiéndose comprobar a poco andar que hay delitos penales que no son delitos civiles y a la inversa. De ahí entonces que el cuasidelito no cuenta con una definición legal en el Código Civil, por lo que su definición surge por contraste con el delito civil y por su ubicación en este cuerpo legal. Por consiguiente, es cuasidelito es un acto ilícito, pero de naturaleza culposa.

³⁸ Art. 69 Código Procesal Penal, 1973.

hecho descrito por la ley como delito o falta, origina obligación civil en los términos previsto en este Código y así en su Art. 115, mantiene cuales son las consecuencias civiles del delito que serán declaradas en la sentencia, como son la restitución de las cosas, la reparación del daño que se haya causado, la indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios y daños ocasionados materiales y morales y las costas procesales, estableciéndose en una forma puntual, que toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, si del hecho se derivan daños o perjuicios, ya sean estos de carácter moral o material. Lo novedoso es la incorporación legal de la responsabilidad civil que provenga del daño moral causado a la víctima.

Asimismo se dictó otra legislación Procesal Penal, con fecha 13 de diciembre del 1996 , vigente a partir del 20 de abril de 1998, donde en su Art. 42 se establecía que la acción civil se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, contra los partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable; se dice que civilmente responsable será la persona que de acuerdo con el Código Penal deba responder por el imputado de los daños y perjuicios causados por el delito; obligándose a los juzgadores en el Art. 360, que en la sentencia misma, se pronunciaran sobre la responsabilidad civil, donde en caso no pudiere determinarse con precisión la cuantía, se debía fijar tomando en cuenta la naturaleza del hecho, sus consecuencias y los demás elementos de juicio que hubiere podido recoger.

También el 16 de enero del 2009, se dicta una nueva legislación procesal penal³⁹, pero vigente a partir del 01 de enero de 2011, que regula dentro del capítulo VII, lo que es el actor civil, el civilmente responsable y demandado civil, como también los momentos procesales del ofrecimiento de la prueba respecto a la responsabilidad civil; así como también la obligación de pronunciarse respecto a ella en la sentencia de mérito, al extremo de generar una nueva figura, como es la responsabilidad civil en abstracto⁴⁰, cuando no se pueda establecer con certeza los montos de las cuestiones reclamadas producto del ilícito penal cometido, con el fin sean liquidados por otra vía jurisdiccional.⁴¹

³⁹ Publicada D.O. No. 20, tomo 382 del 30 de enero del 2009

⁴⁰ Esto es novedoso, debido a que se regla por ley establecer una declaración de responsabilidad civil en abstracto, la cual ya se venía dictando por otros tribunales, pero sin un sustento legal que lo respaldara y eso en algún momento los mismos pares de jueces lo comentaban y cuestionaban que una condena en abstracto, era como no dictarse nada a favor de la víctima.

⁴¹ En este caso, el legislador la fijó hacia los jueces Civiles y Mercantiles o de Primera Instancia en esta competencia, pero expresamente en lo concerniente a los daños y perjuicios, para que su ejecución se realice en la jurisdicción civil, ya que en cuanto a la restitución mantiene esa competencia funcional el Juez sentenciador, tal como lo señala el Art. 498 Inc. 5to. PrPn,

El 31 de julio de 2010, se deroga el Código Procesal Civil y entra en vigencia una nueva legislación, como el Código Procesal Civil y Mercantil, que establece procedimientos en cuanto a la reclamación civil, entre los cuales se pueden mencionar: los procesos declarativos que se dividen en dos, como son el proceso común y el proceso abreviado⁴²; y los procesos especiales: Ejecutivo⁴³, Posesorios⁴⁴, Inquilinato⁴⁵ y Monitorio⁴⁶, estableciéndose un capítulo relativo a la liquidación de cantidades cuando procediere la ejecución para determinar la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios, en el Art. 696 CPCYM; manteniéndose una estrecha vinculación con lo normado en el Código Civil.

Fundamento doctrinario conceptual

La responsabilidad civil es aquella obligación que surge de un comportamiento incorrecto, desde el punto de vista de la ley. Es de carácter económico y ante todo hay que distinguirla de la responsabilidad penal, ya que ésta supone una privación de libertad a su autor o autores, mientras que la civil, supone la obligación de indemnizar económicamente a la víctima. Adriano De Cuspis, define el Daño, como *“El remedio del daño escapa absolutamente de toda prevención cuando es totalmente posterior al hecho productor del mismo, por lo que sólo puede ser reprimido, reparado, y nada más, por cuanto ni siquiera en parte pudo impedirse...”*⁴⁷

⁴²Dentro del CPCYM, se regula el Proceso Declarativo Común, que fija en su Art. 240, que es aplicable a cualquiera demanda superior o igual a la cantidad de veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, o cuando resulte imposible calcular su monto. Respecto al Procedimiento Abreviado, su trámite estará marcado cuando las demandas no excedan de los veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, lo que implica que toda demanda de liquidación de daños y perjuicio, se tramitará conforme a este procedimiento abreviado, Art. 241 CPCYM.

⁴³El proceso Ejecutivo se regula en el Art. 557 CPCYM y siguiente, para aquellos casos en que se tenga título ejecutivo que emane de una obligación de pago exigible, liquida o liquidable, con vista del documento que presenta.

⁴⁴El Proceso Posesorio, está en razón de todas las pretensiones posesorias que se regula en el Código Civil, específicamente en los títulos XII y XIII del libro segundo, cuyo trámite seguido es el mismo del procedimiento abreviado, y se regula en el Art. 471 CPCYM y siguientes.

⁴⁵Respecto al Proceso de Inquilinato, su aplicación se enmarcará a problemas de pago de renta, terminación de contratos, desocupación del inmueble, demandas para objetar el incremento del valor de la renta, el que también se sustancia conforme el procedimiento abreviado, y se regula en el Art. 477 CPCYM.

⁴⁶El Art. 489 CPCYM, al referirse al Proceso Monitorio, dice que este puede plantearse por quien pretenda reclamar el pago de una deuda de dinero, liquida vencida y exigible, que no exceda de veinticinco mil colones o su equivalente en dólares, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte en que se encuentre o que el acreedor justifique un principio de prueba suficiente.

⁴⁷DE CUPIS, Adriano. El Daño, *“Teoría General de la Responsabilidad Civil”*, Traducción a la segunda edición italiana por Ángel Martínez Sarrión. Casa Editorial Bosch. Barcelona 1975. p. 578.

Al ocurrir la comisión de un hecho punible en contra bienes jurídicos, ya sea colectivos o particulares que producen lesiones que derivan del hecho principal, generados por individuos transgresores de la norma penal, sus consecuencias son determinadas por el orden jurídico, que es la pena, de la cual surgen otras consecuencias civiles derivadas del mismo ilícito penal, a lo que se denomina responsabilidad civil ex delicto.

El actor civil es la parte procesal, titular de la pretensión de reparación, que ejercita únicamente la acción por responsabilidad civil dentro de un proceso penal. Por consiguiente juega un rol accionario con el objeto de la pretensión penal, pero que se encuentra limitado a esa responsabilidad civil. La condición de actor civil se adquiere a través de una declaración de voluntad expresa realizada tras el “ofrecimiento de acciones”, sin necesidad de formular querrela.

Por víctima, se entenderá a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas nacionales, internacionales de Derechos Humanos o una violación grave del Derecho Internacional Humanitario. Cuando corresponda y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.⁴⁸

7. SISTEMAS PROCESALES PENALES

Como antes se dijo los conflictos se han resuelto de diferentes formas dentro de una sociedad determinada; en la época feudal o Edad Media, en Francia con la revolución Francesa, se generaron movimientos sociales que influyeron en la aplicación de un nuevo modelo en el procedimiento penal, que aunque visto hoy como un sistema fuerte e ingrato en su momento fue relevante, pues de esta

⁴⁸Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, a interponer recursos y obtener reparaciones, Resolución No. 60/147, ONU, 16 de diciembre de 2005.

forma se obtiene el sistema acusatorio, que está enmarcado al respeto de la persona humana y sus derechos.⁴⁹

El sistema inquisitivo⁵⁰ se caracterizaba por ser autoritario, donde las partes veían mermados sus derechos y participación en el actuar dentro del proceso, donde el imputado se convertía en el objeto de la investigación, con relevancia en la prueba testimonial que se manejaba como la reina de las pruebas, en donde el actuar oficioso en la investigación y su correspondiente sanción quedaba en manos del juzgador, por lo que el procedimiento también se volvía oficioso.

Sistema que viene de la Roma Imperial y del Derecho Canónico, que se desarrolló bajo la protección de la iglesia católica, al luchar contra los infieles y los Estados nacionales, siendo este la expresión de la monarquía, por consiguiente hubo una marginación del pueblo en la administración de justicia, cuya función era encomendada a un Magistrado que representaba a Dios, al Monarca o al Emperador, a los cuales debía de confiarse esa tarea ciegamente.

Sin embargo, ese sistema inquisitivo cedió en la época post Revolucionaria Francesa, ya que a principios del siglo XVIII, hubieron protestas por la forma en que se administraba justicia, por ese desconocimiento de los derechos ciudadanos, que obligó al legislador a realizar ese cambio, a fin que no se desconocieran los derechos de los ciudadanos, es así que el año 1808 da nacimiento a un nuevo Código de Instrucción Criminal vigente a partir de 1811, que era una combinación de los dos sistemas anteriores,⁵¹ que permiten que este nuevo procedimiento se divida en dos partes, donde el primero servirá para la preparación de la segunda fase del juicio con características marcadas y

⁴⁹SERRANO, Armando y Otros, "*Manual de Derecho Procesal Penal*". Publicación del Proyecto PNUD ELS/95/L06. Primera publicación San Salvador, 1998. Pág. 535. Sus características son las siguientes: a) Única Instancia, b) Acusación, c) Igualdad, d) Pasividad del Juez, y e) Conforme a Equidad.

⁵⁰Características a) Doble Instancia, b) Impulso Oficioso, c) Indefensión, d) Actividad del Juez, y e) Conforme a Derecho.

⁵¹Sistema Mixto, que es una mezcla de los otros dos sistemas, siendo éste el que han tomado los legisladores salvadoreños; sus características son: a) El principio de oficialidad, b) El principio de oficiosidad, c) Principio de legalidad, d) El principio de la verdad real o material, e) La Inmediación, f) La oralidad, g) La concentración, h) La identidad física del juzgador, i) La publicidad del debate, j) La libertad de prueba, k) La comunidad de la prueba, l) La sana crítica, m) El in dubio pro reo, n) La inviolabilidad de la defensa, o) La contradicción, y p) La Fundamentación de la sentencia.

diferentes a los sistemas; en la primera y por obedecer a criterios inquisitivos, el dominio de su actividad procesal es la mejor que la dispuesta en la ley para la segunda etapa del juicio.⁵²

8. LA JURISDICCION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Dentro del quehacer judicial, una de las atribuciones es administrar justicia resolviendo los conflictos que se presenten, lo que es el presupuesto material de lo que constituye la jurisdicción, que atendiendo a la naturaleza pueden ser intersubjetivos o social, los primeros surgen a consecuencia de la vulneración de algún derecho subjetivo, donde entra el ámbito del derecho privado, muy diferente a los conflictos de orden social, donde se han transgredido bienes o intereses que la sociedad ha estimado dignos de protección, que se rigen por normas del Derecho Público y por consiguiente suelen ostentar naturaleza indisponible, dentro de estos se encuentra la jurisdicción penal, que une a ambas competencias luego de iniciarse un proceso de orden penal, dado que esta se vuelve principal y la civil es percibida como accesoria, resolviéndose así el conflicto presentado a través del derecho material. Sin embargo esa función en el correr histórico no siempre ha estado bajo control de los tribunales, así se tiene la auto tutela⁵³ la composición⁵⁴, y la heterocomposición⁵⁵.

Por lo anterior resulta importante diferenciar lo que es la acción del derecho subjetivo privado de la acción del derecho subjetivo público. La doctrina entiende que la acción es un derecho subjetivo público, con un contenido distinto del derecho subjetivo privado; donde para la existencia de un derecho de acción, no es bastante la existencia de un derecho subjetivo, sino que se requiere además otro presupuesto como es el interés de accionar o necesidad de tutela jurídica.

⁵²GONZALEZ ALVAREZ, Daniel: "*Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*", Editorial Litografía Mundo Gráfico, San José, Costa Rica.

⁵³Composición, es aquella forma por medio de la cual se da solución a los conflictos que pueden generarse entre los individuos de una sociedad, y que consiste en un acuerdo que fijan las partes involucradas. Esta manera de dar solución a los problemas entre personas se caracteriza por el hecho que en ella no existe una utilización de la fuerza como sí ocurre en el caso de la Auto tutela. Acá en cambio, lo que se busca es llegar a un acuerdo entre las partes involucradas en el conflicto.

⁵⁴Auto tutela es la forma por medio de la cual se obtiene una solución de carácter privada a los conflictos sociales que puedan existir entre los individuos. Se caracteriza esta forma de solución de conflictos, por la utilización de la fuerza por parte de los individuos que son parte del respectivo conflicto. Acá las personas lo que buscan es hacerse justicia por sí mismas sin recurrir a un tercero para que dirima el problema.

⁵⁵Hetero-composición, es una forma evolucionada e institucional de solución de la conflictiva social e implica la intervención de un tercero ajeno e imparcial al conflicto; dos son su forma, el arbitraje y el proceso jurisdiccional.

El derecho de acción no tiene el mismo objeto que el derecho privado subjetivo; su objetivo no es el cumplimiento de la obligación; sino la prestación de una tutela judicial en cualquiera de las diversas modalidades previstas en el ordenamiento, tales como conocer, fallar y hacer cumplir lo resuelto. El derecho de acción se distingue del derecho subjetivo privado, por los sujetos contra quienes se dirige; esta acción se dirige frente al Estado para que a través de éste se garantice esa tutela que se pretende; de ahí que el demandado no puede satisfacer este derecho, al no llevar a cabo este acto de la tutela jurisdiccional y en ese sentido solo puede privar a la acción si se cumple la pretensión.

El otorgamiento de la tutela por el Estado, no es una consecución discrecional o graciosa, sino un acto debido siempre que concurren los presupuestos para ello, puesto que es el protector y garante del orden jurídico privado. De ahí que el derecho a la acción sea de naturaleza pública. En consecuencia este derecho de acción, no consiste en satisfacer la pretensión particular, sino obtener del Juez una decisión de condena para el caso en concreto.

Por consiguiente, la responsabilidad civil consiste en la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea en naturaleza o bien por un equivalente monetario. Díez-Picazo⁵⁶ define la responsabilidad como “la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”. Esta responsabilidad podemos clasificarlas en dos, como son la contractual y la extracontractual.⁵⁷

⁵⁶Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, “*Sistema de Derecho Civil*”, vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1989. ISBN 84-309-0813-7, pp. 591 y 614

⁵⁷En sentencia de amparo No. 228-2007, de fecha 04 de febrero del 2011, la Sala de lo Constitucional, al referirse a la responsabilidad civil, refiere ...”que cuando se genera un daño, nace el deber de indemnizarlo por parte de quien lo ha generado, de quien ha obtenido ventaja o de quien la ley establezca que debe responder en ese caso. Podemos decir, entonces, que –en principio– es responsable aquel a quien se debe imputar el daño producido. En el Derecho constituye un principio general que el particular que produce un daño a otro, interviniendo culpa o dolo, tiene la obligación de reparar el daño producido [Art. 2080 Inc. 1º del Código Civil. También se considera un principio general del Derecho que la persona que en cumplimiento de una obligación actúa con dolo o culpa (Art. 1418 CC) o cae en mora (Art. 1428 CC) responde de los daños y perjuicios ocasionados. B. La responsabilidad es un instituto jurídico que ha sido ampliamente analizado por el Derecho Civil, razón por la cual, aunque el presente caso se refiera a responsabilidades que surgen en el ámbito administrativo, es conveniente comenzar por estudiar la responsabilidad en aquella rama. En el Derecho Civil la responsabilidad surge como resultado del deber de reparar un daño o perjuicio antijurídico. Ello significa que la conducta del sujeto previa al daño es contraria al ordenamiento jurídico. En ese sentido, la reparación es la sanción que indefectiblemente el Derecho impone a aquel que lo ha infringido y que ha afectado o lesionado intereses jurídicamente protegidos de otro individuo. En el campo civil la responsabilidad puede ser de dos tipos: extracontractual o contractual. La primera es aquella que emana como consecuencia de la violación de deberes genéricos de comportamiento, sin necesidad de que entre el sujeto productor del daño y la víctima haya preexistido una relación jurídica que dé origen a esos deberes. La segunda es la que nace cuando se incumple una obligación concreta, previa a la actuación dañosa, que un

9. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Al referirse a esta responsabilidad⁵⁸, su preexistencia se basa de una relación obligatoria cuya contravención o incumplimiento obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados; todo ello producto de una obligación convenida libremente por las partes, es decir, que nace con el incumplimiento de una obligación creada por un contrato, por lo que se requiere la existencia de un daño provocado al acreedor producto del incumplimiento del deudor, siendo de obligación que el acreedor demuestre la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento de la obligación contractual y el daño producido, lo que no deja duda que este tipo de responsabilidad surge de una relación expresa o tácita entre dos personas y procederá por el incumplimiento de alguna de las obligaciones propias de la relación pactada.

Por ello, ese incumplimiento debe realizarse con dolo, generando ese daño al acreedor, ya que en materia civil, el dolo por lo general debe probarse, aunque existen excepciones donde éste se presume conforme lo establece el Art. 1330 CC, ni vicia el consentimiento, sino cuando es obra de una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no se hubiera contratado, según el Art. 1329 CC, es así que el Art. 1316 CC, menciona que para que una persona se obligue a otra debe hacerse por un acto o declaración de voluntad, requiriéndose para ello, que sea legalmente capaz, que consienta esa obligación fuera de todo vicio como sea el error, fuerza o dolo, que recaiga sobre objeto lícito y que se tenga una causa lícita.

sujeito estaba obligado a satisfacer. En cualquier caso, la responsabilidad civil exige la concurrencia de tres elementos: (a) un daño cierto, material o moral, que es antijurídico por atentar contra intereses protegidos por el ordenamiento; (b) la culpa o negligencia –que el daño se haya producido por la imprudencia de su autor– o el dolo –que el daño se haya producido con el conocimiento e intención de producirlo– (Art. 42 CC); y (c) la relación de causalidad, esto es, que el daño sea el efecto del comportamiento culposo o doloso observado por el agente...”

⁵⁸REGLERO CAMPOS, L. F., “*Conceptos generales y elementos de delimitación*” en *Tratado de responsabilidad Civil*, REGLERO CAMPOS, L. F (Coord.), T. I., 3ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 52, considera que la responsabilidad contractual se da por el incumplimiento más un título de imputación del mismo, catalogando ésta como responsabilidad en sentido amplio. De lo anterior puede nacer una nueva obligación si el acreedor sufre otros daños como consecuencia del incumplimiento. El Diccionario Jurídico jurisprudencial define como responsabilidad contractual “aquella responsabilidad que nace con el incumplimiento de una obligación creada por un contrato, responsabilidad que presupone la relación preexistente entre el autor del daño y la víctima, como frustración culpable del fin del negocio, genéricamente considerado, siendo el deudor responsable no más allá de los daños determinados por la falta de cumplimiento”.

De ahí entonces que la responsabilidad contractual está originada en el incumplimiento de un contrato válido, o como sanción establecida en una cláusula penal dentro del propio contrato, precisamente para el caso de incumplimiento o demora en el mismo, ello en razón que las partes se obligan por el solo hecho de haber suscrito ese contrato y el no cumplimiento a una de ellas, ocasiona daños que da derecho a reclamar su indemnización.⁵⁹

Sin embargo, habrán casos que están sujetos a resultados, donde dentro del contrato una de las partes se obliga a alguna cosa determinada, ya sea a que realice una acción u omisión, así por ejemplo un transportista que se obliga a llevar determinada mercancía a un destino en particular, aquí la responsabilidad es prácticamente automática, pues la víctima sólo debe probar que el resultado no ha sido alcanzado, no pudiendo entonces el demandado escapar a dicha responsabilidad, excepto si prueba que el perjuicio proviene de una causa ajena, por un caso fortuito o fuerza mayor.

Por otra parte, en aquellos casos en que una norma o un contrato sólo obligan al deudor a actuar con prudencia y diligencia, esa obligación es considerada de medios. Este es el caso de la obligación que tiene un médico respecto a su paciente, así por ejemplo, el médico no tiene la obligación de sanarlo, sino de poner sus mejores oficios y conocimientos al servicio del paciente, es decir, de actuar en forma prudente y diligente, aunque hay excepciones, en algunos casos el médico asume una obligación de resultado, como ocurre en la cirugía estética voluntaria. En estos casos, la carga de la prueba le corresponde a la víctima o demandante, quien deberá probar que el agente fue negligente o imprudente al no cumplir sus obligaciones.⁶⁰

⁵⁹DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *“Sistema de Derecho Civil.”* Editorial Tecno. Madrid 1995. Séptima edición. T. II. p. 598. Los autores explican que en materia de responsabilidad contractual, al existir un deber de cumplimiento de la prestación previamente pactada, la falta de ejecución de la misma se configura en un hecho ilícito en la medida en que consiste en una contravención del ordenamiento jurídico al darse una violación del derecho del acreedor que protege y una falta de cumplimiento en la propia obligación que sanciona. Sin embargo, al referirse a la responsabilidad extracontractual, expresa que es perfectamente posible que incluso el ejercicio de un derecho legítimo cause un daño resarcible.

⁶⁰Dentro de las características de esta responsabilidad se encuentran: a) la existencia de una obligación previa, es decir de un contrato o una relación jurídica que tenga como presupuesto un contrato, el cual debe consistir en un dar, hacer, o no hacer una cosa; b) el incumplimiento de la obligación doloso o culposo; c) el daño, el cual es indispensable producto del incumplimiento de una de las partes; d) fundamento jurídico, es decir ha de estar regulada por sistema tradicional de culpa, que es la falta de diligencia o cuidado requerido en el cumplimiento de una obligación;

10. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, ésta se encuentra configurada por los actos u omisiones que sin afectar un vínculo preexistente produce un daño generador de responsabilidad, la que recae sobre quien, fuera de toda relación contractual ha causado por su culpa o a través de la ejecución de una actividad riesgosa o creación de un riesgo social, un daño en la esfera jurídica de otro sujeto; lo que implica que esa responsabilidad no nace del incumplimiento de un vínculo determinado, sino a raíz de la violación del deber de no dañar a otro.

Dos son las especies de responsabilidad extracontractual: la subjetiva y objetiva. La primera, se fundamenta en la culpa, la cual por ser un elemento psicológico, es de naturaleza subjetiva, pues consiste en la intención de dañar o en el obrar con negligencia o descuido; aquí la culpa es esencial y sin ella no hay responsabilidad. La segunda, es la obligación de reparar el daño pecuniario causado por emplear cosas peligrosas, aun cuando se halla actuando lícitamente y sin culpa, esta responsabilidad no toma en cuenta la culpa, sino únicamente el elemento objetivo consistente en la comisión del daño al emplear cosas peligrosas.

Esta responsabilidad extracontractual, se desprende de los Arts. 2 y 245 de la Constitución de la República, que establecen la indemnización por daños de carácter moral o material, que se enlazan con el régimen de responsabilidad contractual regulado en los Arts. 2065 al 2085 CC y 1308 CC; así la primer disposición legal reza, que el que ha cometido un delito, cuasi delito o falta, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el hecho cometido; y este último, refiere que las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos, faltas y de la ley; disposiciones legales que son la base de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva o culpa aquiliana, la que se fundamenta como ya se dijo en la culpa, lo que implica que no basta que el individuo sufra un daño, sino que además sea necesario, que tal daño provenga de un hecho culpable, obligatoriamente atribuido a un sujeto activo para que exista obligación de responder.

El cuasidelito⁶¹ es una obligación que nace de un hecho personal del obligado, en ausencia de toda convención o acuerdo de voluntades; supone una imprudencia o negligencia que no es excusable

⁶¹Refiere que el delito penal se diferencia del delito civil, en que este último puede ser doloso o culposo y siempre es producto de una tipificación legal, mientras que el delito civil solo puede ser doloso. No son

causar un daño a otro; así, si una persona lesiona a otra con un arma sin intención, sino por imprudencia o imprevisión, incurre en un cuasidelito y queda obligada a indemnizar a la víctima. Cuando existe una conducta deliberada de perjudicar, se configura el dolo. Es así que el Art. 42 Inc. último del Código Civil, refiere que el dolo “consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. En el acto ilícito, es necesario, además, la intención de dañar.⁶²

El incumplimiento de un contrato o la existencia del acto ilícito no se concibe, pues, sin la presencia de uno de estos dos elementos; y, responsabilizar a una persona sin que a ella le sea imputable dolo o culpa, sería lo mismo que condenar, en materia penal, a un inocente. El dolo en un sentido lato, implica mala fe, conducta deliberada contraria al derecho. Sin embargo, el concepto de dolo difiere según se trate de la responsabilidad por los actos ilícitos o de la responsabilidad contractual. El dolo en el acto ilícito es denominado delito.

Esta responsabilidad extracontractual se presenta cuando nace el deber de una persona de indemnizar a otra, producto de la realización de una conducta antijurídica que toma como elemento imprescindible la culpa, la cual se presenta de dos maneras: la negligencia y la imprudencia. La negligencia se manifiesta como el resultado dañoso producido por la omisión por parte de un sujeto de cierta actividad necesaria.⁶³ En la imprudencia, el sujeto obra de manera precipitada o sin prever la consecuencia en que podría desembocar su acto.

En otras palabras, la responsabilidad extracontractual, es aquella que existe cuando una persona, por sí misma, por medio de otra de la que responde, por una cosa de su propiedad o de que se sirve, causa o provoca un daño a otra persona, respecto a la cual no estaba ligada por un vínculo

plenamente coincidentes entonces las figuras del delito civil y delito penal, pudiéndose comprobar a poco andar que hay delitos penales que no son delitos civiles, y a la inversa. Pero sentado ello, debe diferenciarse el delito civil del cuasidelito. Dice que el cuasidelito no cuenta con una definición legal en el Código, pero su definición surge por contraste con el delito civil y por su ubicación en el Código Civil: cuasidelito es un acto ilícito, pero de naturaleza culposa.

⁶²Refiere que los cuasi delitos son aquellos actos ilícitos (acciones u omisiones voluntarias prohibidas por las leyes, decretos o reglamentos) realizados sin intención de dañar, pero con culpa o negligencia imputable a su autor y de los cuales se deriva un daño a tercero. Sus elementos son: un hecho ilícito consistente en una acción o en una omisión; el hecho es imputable al autor por su culpa o negligencia; tal hecho produce un daño; existe una relación de causalidad entre el hecho y el daño. La culpa implica la omisión de las diligencias necesarias exigidas por la naturaleza de las cosas para evitar el daño sobreviniente. En la culpa puede existir la imprudencia (hacer lo que no se debe hacer), la *negligencia* (no hacer lo que se debe hacer) o la *impericia* (falta de conocimientos para realizar el acto).

⁶³ROVIRA, Jaime, “*El Delito de Lesiones, Lesiones Culposas y su relación con los accidentes de tránsito*”, San José Costa Rica, p. 189.

obligatorio anterior relacionado con el daño producido, lo que se conoce dentro del Derecho Civil como delitos y cuasidelitos civiles.

Un caso de responsabilidad extracontractual, es el que puede surgir por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de actividades que crean riesgos a personas ajenas a la misma, así por ejemplos, la conducción de un automóvil, el desarrollo de una actividad industrial, la responsabilidad por daños causados por bienes propios, verbigracia, cuando se desprende un elemento de un edificio y causa lesiones a quien pasa por debajo; cuando alguien sufre un accidente por el mal estado del suelo. También se es responsable por los daños y perjuicios que originen los animales de los que se es propietario.

De igual manera, la responsabilidad puede tener su origen en actos de otra persona, por la que se debe responder, así un padre es responsable de los daños y perjuicios que cause su hijo menor de edad, un empresario por los que causen sus empleados.

Como puede analizarse, se trata de la responsabilidad derivada de un acto ilícito, de dolo o de culpa grave, del que no puede decirse que tal responsabilidad tenga como base el incumplimiento del contrato, porque esos actos trascienden el contenido y alcance de la convención, de ahí entonces que quien intencionalmente causa un daño a otro es responsable de esos actos, independientemente de que exista entre él y la víctima un vínculo contractual.

El Código Civil salvadoreño, en el Art. 42, distingue tres especies de culpa o descuido, así: a) La Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo; b) La Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios; y, c) La Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

La legislación civil en su Art. 1043 CC prevé que el que incurre en falta grave y causa con ello daños que van más allá del cumplimiento del contrato, es responsable de ello vía responsabilidad extracontractual, al decir que los hechos lícitos y voluntarios producen también, sin necesidad de

convención, derechos y obligaciones civiles, en cuanto aprovechan o perjudican a terceras personas, así por ejemplo, causar la muerte de los pasajeros prestando un servicio regulado por un contrato de transporte.

De ahí, que ambas responsabilidades extracontractuales, son diferentes entre sí y ello se manifiesta en que en la responsabilidad subjetiva⁶⁴, el deber de indemnizar del agente proviene de la imputabilidad de su actuar, es decir de la culpa o dolo que le es atribuible. En cambio en la responsabilidad objetiva⁶⁵, la indemnización se fundamenta en la causalidad del hecho, prescindiendo de la culpa o dolo como requisito, en este caso lo que se constata es que el daño

⁶⁴Está referido al dolo, que en sentido lato significa una idea de mala fe, malicia, fraude, daño, habrá dolo como vicio de la voluntad, que es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir con la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no se habría realizado o lo hubiera sido en condiciones diferentes. En este caso puede ser el dolo que falsea la intención del agente y que este puede aducir para obtener la anulación de un acto celebrado con ese vicio. En el incumplimiento de la obligación, el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para inexecutar la prestación debida. El segundo, se refiere a la culpa, que es la creación de un riesgo injustificado y para evaluar si ese riesgo sea justificado o no, se necesitara confrontarlo con la utilidad social de la actividad a la cual este se refiere, teniendo en cuenta el costo de la remoción de este; cuando más grande es la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo creado. La culpa es el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad y ante la dificultad de probar la culpa del autor, es decir, dado lo difícil que es conocer el aspecto subjetivo del autor, nuestro ordenamiento ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, de tal modo que la víctima ya no estará obligado a demostrar la ausencia de culpa. Esta inversión de la carga de la prueba y correlativa presunción de culpabilidad del autor en el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual presume la culpa del autor del daño causado. De ahí que habrá culpa objetiva, que viene a ser la culpa por violación de las leyes, cuando el ordenamiento determina el parámetro de comportamiento y si la persona no cumple es responsable. La culpa subjetiva, que engloba a la imprudencia y la negligencia, que difieren, ya que en la primera el sujeto hace más de lo debido y en la segunda el sujeto hace menos de lo debido.

⁶⁵Está en alusión riesgo creado, que de acuerdo al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, es una contingencia o proximidad de un daño, y de otro lado, define la palabra peligroso como que tiene riesgo o puede ocasionar daño. Para la doctrina el riesgo creado viene a ser el riesgo adicional al ordinario tales como: automotores, artefactos eléctricos, cocinas de gas, ascensores, diversas armas de fuego, insecticidas, medicamentos, actividades industriales. Todo este tipo de bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues deberá bastar con acreditar el daño producido, la relación de causalidad y que se trate de un bien o actividad que suponga un riesgo adicional al normal y común, por lo que merece la calificación de "riesgosos". Haya sido el autor culpable o no, igualmente será responsable por haber causado el daño mediante una actividad riesgosa o peligrosa. Se observa entonces que la ausencia de culpa no sirve como mecanismo liberador de responsabilidad civil, adquiriendo por el contrario importancia fundamental la noción de causa ajena o fractura causal. El sistema objetivo de responsabilidad civil no pretende que los daños que se hayan causado a través de bienes o actividades riesgosas, no exista la culpa del autor, lo que se pretende es la total abstracción de la culpa o ausencia de la culpa del autor, de tal modo que la existencia de culpa o no sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, debiendo acreditarse la relación causal, la calidad del bien o la actividad como una riesgosa. Cabe agregar que la calificación de un bien o actividad riesgosa o peligrosa no depende de las circunstancias de un caso concreto en particular, pues de ser así cualquier actividad podría ser considerada riesgosa. Esta calificación depende del riesgo que supone el uso socialmente aceptado del bien o actividad de que se trate, siempre y cuando su uso suponga un riesgo adicional al común y ordinario, como sucede con las armas de fuego o con los vehículos.

haya existido efectivamente y que este provenga de una relación causal entre el hecho realizado y la consecuencia que genera el daño.

Sin embargo, es de aclarar, que el Derecho Civil salvadoreño, como norma general se basa en el sistema de responsabilidad subjetiva, aun cuando se encuentran números casos de responsabilidad objetiva, tales como daños causados por: animales fieros, cosas que se lanzan de un edificio, accidentes de trabajo, por vehículos motorizados, por accidentes de aeronaves, por uso de plaguicidas, etc. En definitiva, la responsabilidad por incumplimiento contractual, se genera al incumplir deliberadamente la obligación, provocando la existencia del dolo; y cuando existe negligencia o imprudencia, se configura la culpa.

La culpa es la negligencia, el descuido, la imprudencia, la desidia, la falta de precaución. En la culpa así entendida no existe el propósito deliberado de incumplir. El incumplimiento se da simplemente por imprevisión, por no haber tenido el cuidado de adoptar las medidas necesarias para ejecutar la prestación.

La prueba del dolo en el incumplimiento de la prestación incumbe al acreedor. Por su gravedad, por su carácter excepcional, el dolo no puede presumirse⁶⁶ y debe ser probado por quien lo alega. No se desconoce que es una prueba difícil pues el dolo es un proceso psicológico que se desarrolla dentro de la intimidad de cada ser, y rara vez el estado intencional del obligado se exterioriza de una manera tan neta que facilite su prueba y es más raro que el deudor reconozca que no cumplió porque no quiso. Por ello la doctrina sostiene que no es posible pretender pruebas directas. Será menester, entonces, recurrir a indicios, conjeturas, argumentos indirectos, confrontaciones, todo puede ser útil para iluminar la inteligencia del Juez.

⁶⁶El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, según Art. 42 Inc.ult.CC. En otras palabras es la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención ni de fuerza de amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos.

11. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL⁶⁷

Dentro del principio de legalidad se exige que para que surja el deber de indemnizar a la víctima ha de requerirse que se establezcan los elementos siguientes: a) La imputabilidad; b) La antijuridicidad, c) el daño, d) relación de causalidad; y, e) la culpabilidad.

11.1. La imputabilidad

La imputabilidad, es la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión, asumiendo las consecuencias de su obrar. Puntualmente en el orden civil, es la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona⁶⁸, por lo que se convierte en uno de los elementos esenciales para la existencia de la responsabilidad.⁶⁹

Sin embargo, en algunos momentos ese sujeto puede dejar de ser imputable y convertirse en inimputable, por las llamadas causas de inimputabilidad, cuando se esté en presencia de menores de edad, de dementes, de fuerza o intimidación o error o ignorancia de hecho, dependiendo si se está en un error de tipo o de prohibición y por lo tanto no responderá de la conducta realizada, que en ese caso responderán otros subsidiariamente.⁷⁰

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad, en el orden penal tiene similitud en lo civil, ya que se entiende como la capacidad del ser humano para entender que su conducta lesiona los intereses de

⁶⁷BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *“Teoría General de la Responsabilidad Civil”*, 1997, p. 85, refiere que esta clase de responsabilidad es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta sino de un deber genérico de no dañar; siendo así, la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva.

⁶⁸ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *“Derecho de la Responsabilidad Civil”*, cuarta Edición corregida. Aumentada. Gaceta Jurídica S.A. Setiembre, 2006, Perú, p. 90, dice que es la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona.

⁶⁹MOSSET ITURRAPE, Jorge, *“Responsabilidad Civil por Daños”*, Tomo I Parte General, Editorial RUBINZAL- CALSONI, EDITORES, 2006, Buenos Aires, p. 114, refiere que la imputabilidad no es más que la determinación de la condición mínima necesaria para que un hecho pueda ser referido y atribuido a alguien como autor del mismo a objeto de que deba soportar sus consecuencias, o sea la atribución a los fines de la punibilidad y al margen de la mera autoría

⁷⁰Ya en materia penal, el legislador ha establecido un capítulo específico relacionado a las personas que incurrir en responsabilidad civil de forma subsidiaria, las que tendrán la misma extensión que la del responsable principal. También responden en esa misma condición, en común, cuando el que responde por los daños y perjuicios provenientes del hecho punible cometido por el inculpado, es una persona natural, abarcando a otros sujetos, cuando se esté en presencia de personas naturales dueñas de empresas o establecimientos en que se cometió un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes o cualquier trabajador a su servicio o cuando el hecho suceda fuera de él, pero en razón de una actividad laboral y cuando se esté en presencia de una persona jurídica.

sus semejantes y para adecuar su actuación a esa comprensión, lo que implica que para atribuir a una persona las consecuencias de su obrar, el acto realizado debe realizarse con discernimiento, intención y libertad, ya que quien carece de estas capacidades, por no tener la madurez suficiente, como el caso de los menores de edad, o bien por sufrir graves alteraciones psíquicas⁷¹. El Código Penal salvadoreño, en su Art. 27 No. 4), excluye de responsabilidad penal, a todas aquellas personas naturales que al momento de ejecutar el hecho no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o determinarse de acuerdo a esa comprensión, entre estos se encuentran los enajenados mentales, los que estuvieren bajo una grave perturbación de la conciencia o de un desarrollo psíquico retardado o incompleto. Por consiguiente no puede ser declarado culpable ni puede ser responsable de sus actos, al ser un sujeto inimputable, que actúa sin voluntad y conciencia, por no tener capacidad de entender y querer al momento de cometer el acto punible.⁷²

11.2. La Antijuridicidad

Es la conducta que trasgrede o lesiona cualquier prohibición jurídica o la omisión de una acción debida. Es sinónimo de ilicitud, aunque abarca la violación del deber impuesto contractualmente. Lo antijurídico es contrario a Derecho⁷³.

Por acto ilícito es de entender, la infracción a la ley, ya sea dolosa o culposa que causa un daño a otro y que obliga a la reparación a quien resulte responsable en virtud de imputación o atribución legal del perjuicio.⁷⁴

⁷¹El Código Penal salvadoreño, en su Art. 27 No. 4), excluye de responsabilidad penal, a todas aquellas personas naturales que al momento de ejecutar el hecho no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o determinarse de acuerdo a esa comprensión, entre estos se encuentran los enajenados mentales, los que estuvieren bajo una grave perturbación de la conciencia o de un desarrollo psíquico retardado o incompleto.

⁷²LOPEZ MESA, Marcelo J, “Curso de derecho de las obligaciones III”, 1ª. ed., Buenos Aires, Editorial Depalma, 2002, p.124 dice: “*En principio, los actos ilícitos son siempre imputables, porque se consideran actos voluntarios y en tal virtud dan nacimiento a la responsabilidad por los perjuicios derivados de su ejecución*”.

⁷³En ese sentido, el acto o el hecho antijurídico que provoca responsabilidad civil, debe contener los elementos ilicitud y responsabilidad, en el sentido de que el responsable deberá ser capaz de restablecer las cosas a su situación original y en caso de no hacerlo, indemnizar al perjudicado de acuerdo a la ley. En el derecho civil se entiende por hecho antijurídico a la acción generadora de daños que acarrearán responsabilidad civil, ejercida en forma anti funcional, que ocasiona un resultado dañoso. El hecho antijurídico es aquel que es violatorio de la ley,.

⁷⁴ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ob. Cit. P. 75, menciona a Bustamante Alsina, diciendo que para éste, la antijuridicidad, es el acto ilícito que consiste en la infracción de la ley que causa daño a otro y que obliga a reparar.

A los fines de juzgar la disconformidad entre la conducta y el Derecho, es necesario considerar al ordenamiento jurídico como un todo coherente; dado que no es posible admitir que un acto sea, al mismo tiempo, tanto lícito como ilícito en sí propio. Si aparece permitido por una norma, pero prohibido por una preeminente, el acto deberá considerarse antijurídico; por el contrario, si es prohibido por una norma y admitido por otra preeminente, entonces será conceptualizado como lícito.

De ahí entonces la existencia de la antijuridicidad material y antijuridicidad formal, en esta última la acción es antijurídica porque tiene una determinada manera de ser o materia, que es la que la vuelve contraria al Derecho; muy distinta a la primera, que se enmarca que todo lo que no está prohibido se encuentra permitido y de ahí que hay causas que justifican la conducta, que en principio no existirá una obligación de resarcir el daño ocasionado.

Se sostiene dos grandes grupos de eximentes como son: a) en el primero, caben aquellas en las que la razón de su licitud radica en la "ausencia de interés" sobre el bien jurídico que resulta lesionado o puesto en peligro; ejemplo, el asentimiento o conformidad del sujeto pasivo, y b) en el segundo se ubican todas las que basan su licitud en la "primacía de un interés" sobre otro, con el cual entra en conflicto, verbigracia: el estado de necesidad, la legítima defensa, la obediencia debida.⁷⁵

11.3. El Daño

El Daño⁷⁶, es invadir las facultades ajenas, es la lesión de un derecho, en menoscabo al patrimonio de un tercero y el autor de ese menoscabo debe un resarcimiento que ha de restablecer el patrimonio a su estado anterior, lo que implica, que éste sea el punto de referencia de todo el sistema resarcitorio y que conduce a la concepción de la responsabilidad civil y a un sistema de reparación, con independencia de la naturaleza del deber violado que la origina.

⁷⁵MOSSET ITURRASPE, Jorge, *“Responsabilidad por Daños. Eximentes”*, T. II, Ediar, 1980, págs. 74-75

⁷⁶ROCA, Encarna, *“Derecho de Daños”*, Editorial Tirand Lo Blanch 2000. 3era. Edición Valencia España, p. 19., refiere que el Daño, puede definirse como un perjuicio que derive “de diferentes causas: i) el incumplimiento del contrato, y, ii) la lesión causada a través de acciones u omisiones que tengan como base una intención de dañar, o que sean consecuencia del ejercicio de actividades que provocan un riesgo”.

Tradicionalmente, los daños se han dividido en dos categorías: daño patrimonial o material y daños extrapatrimonial, conformado por el daño moral y daño a la persona. Dentro de los daños materiales se encuentran: el daño emergente⁷⁷, que consiste en el valor de la pérdida de valores económicos ya existentes que ha sufrido el acreedor con motivo del incumplimiento o del acto ilícito; es decir que no es más que el empobrecimiento directo del patrimonio económico del perjudicado, la disminución específica, real y cierta del patrimonio.

En palabras más simples, el daño emergente está conformado por “lo que sale” del patrimonio del perjudicado para atender el daño y a sus efectos y consecuencias. Todos los gastos que son atendidos por el perjudicado, bien sea porque los pagó o porque adquirió el compromiso de pagarlos, conforman el daño emergente. Es así que en el Art. 1427 CC, el legislador estableció que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Asimismo, el Lucro cesante, que se corresponde con la utilidad que por el mismo motivo el acreedor no pudo o dejó de percibir, es una frustración de ventajas económicas previstas, es lo que se dejó de ganar; es decir, que es la frustración o privación de un aumento en el patrimonio, la falta de rendimiento, de productividad, originada en los hechos dañosos. En el caso de daños a los bienes, sería la falta de servicio o de productividad de los mismos. En el caso de bienes que desaparecen o de dinero, el rendimiento del mismo, es decir, el interés o productividad, cuando no se pueda demostrar un rendimiento concreto mayor. En las lesiones personales, por ejemplo, lo que la persona deja de recibir como resultado de la falta de una persona que velaba por él económicamente, proporcionándole alimentación, estudio, vivienda, etc.

⁷⁷LOPEZ MEZA, Marcelo J. “Curso de derecho de las obligaciones III”, 1ª. ed. Buenos Aires, Editorial Depalma, 2002, p.208, al referirse al daño emergente, hace alusión a que “*es la pérdida o empobrecimiento efectivamente sufrido por la inejecución o el cumplimiento defectuoso de lo debido o por las consecuencias del hecho*”. Y por lucro cesante, dice que “*es la ganancia frustrada, la utilidad, beneficio, lucro o provecho de que se ve privado el acreedor por la inejecución total o parcial de la obligación por retardo o mora en su ejecución. El lucro cesante está configurado por la pérdida de enriquecimiento o por las ganancias que ha dejado de percibir el damnificado y su reclamo debe hacerse sobre una base real y cierto y no sobre una pérdida probable o hipotética. El concepto de lucro cesante solo comprende la ganancia líquida, es decir, que del posible ingreso bruto deben descontarse los gastos que hubieran sido necesarios para obtenerlo.*”

Dentro de las líneas jurisprudenciales de las Cámaras de Segunda Instancia⁷⁸, se determina que para la existencia del lucro cesante, se ha de considerar: “Que no basta con una mera posibilidad en abstracto de ganar más, sino que es necesaria la realización concreta de haber dejado de ganar determinada suma. Y si se trata de ganancias futuras no es necesario acreditar la certidumbre de su producción con la seguridad propia del daño emergente; es suficiente la objetiva probabilidad de que podría haber obtenido. El lucro cesante no consiste en la privación de una simple posibilidad de ganancia; pero tampoco es necesaria la absoluta seguridad de que esa se habría conseguido; para que sea indemnizable basta cierta probabilidad objetiva según el curso ordinario de las cosas y de las circunstancias.”⁷⁹

Por lo que podría decirse que el daño emergente es un empobrecimiento patrimonial, mientras que el lucro cesante es la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto. En otras palabras, el daño emergente es lo que hace más pobre al perjudicado, en tanto que el lucro cesante, es lo que le ha impedido hacerse más rico, un ejemplo sencillo, es el caso del concierto de piano preparado por un empresario, en el que ocurre que el pianista no se presenta el día señalado. El daño emergente estaría constituido por los gastos de locación de la sala, los sueldos del personal, el costo de la publicidad realizada, etc.

El lucro cesante comprendería la diferencia que el empresario hubiera obtenido en su provecho, entre el monto de los gastos del concierto y el importe de las entradas vendidas. Otro ejemplo sería, el de un conductor de un automóvil que arrolla a un peatón produciéndole la fractura de una pierna. La consecuencia imputable es que el autor debe indemnizar. El daño emergente, consistente en los gastos de asistencia médica, internación y farmacia. El lucro cesante, será la pérdida de la remuneración de una actividad lucrativa independiente.

⁷⁸CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, “*Argumentaciones y Motivaciones Judiciales de Cámaras de lo Civil*”, año 2006, p. 93.

⁷⁹En resolución No. 19-3C-11-A, de fecha 11 de octubre del 2011, la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del centro, de San Salvador, refiere que La teoría de los daños y perjuicios establece que para que estos sean reparables o indemnizables, deben cumplir ciertos requisitos, los cuales principalmente son: a) que los daños y perjuicios provengan de un hecho antijurídico, b) que los daños sean causados en detrimento de otra persona, c) que el daño no se ha producido como consecuencia de la culpa o negligencia inexcusable de la víctima, y d) que exista ración de causalidad entre el hecho antijurídico y los daños y perjuicios resultantes.

Al referirse a los Daños Morales, estos por su misma naturaleza no dejan señales o cicatrices observables a la vista del ser humano; de ahí entonces que este daño, es aquel que causa una lesión a la persona en su íntegra armonía psíquica, en sus afecciones, en su reputación y/o en su buena fama, teniendo su asidero constitucional en el Art. 2 Inc. 3ro Cn. Este daño es uno de los perjuicios más difíciles de estimar, ya que no está sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente valoración del Juez sobre la lesión a las afecciones legítimas de los damnificados y a los padecimientos que coadyuvan a valor el perjuicio⁸⁰.

Cierto es, que no hay reglas precisas para evaluar este daño, ya que éste reside en las orbitas de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos, o sea que no puede ser evaluado al existir dificultad para establecer si un sujeto ha sufrido o no dolor y en su caso en que medida o intensidad, como consecuencia del hecho o acto ilícito, lo que provoca en este caso, que para fijar el monto, el Juez en la sentencia debe tener en cuenta los parámetros siguientes: a) La naturaleza del acto o hecho ilícito; b) La ocupación habitual del ofendido; y, c) El dolor producido a la parte actora.

Jorge Mosset Iturraspe,⁸¹ determina diez criterios que pueden ser parámetros para una indemnización por daños morales, como son: 1) No a la indemnización simbólica o irrisoria, ya que es una cuestión librada al buen sentido de los magistrados; 2) No al enriquecimiento injusto, es decir no debe significar un cambio de vida para la víctima o para su familia, a través de una fuente de enriquecimiento; 3) No a la tarificación con piso o techo; una tarifa rígida en una suma tope, en carácter de mínimo o de máximo, es odiosa, caprichosa y violadora de principios propios del Derecho de Daños, como el de la reparación íntegra; 4) No a un porcentaje del daño patrimonial; el daño a la persona humana se denomina como daño moral, por lo que no atiende a otros daños; 5) No a la determinación sobre la base de la mera prudencia de los jueces, de hacerlo se caería en una arbitrariedad, para ello es de tomar en cuenta la edad de la víctima, su ocupación, sus proyectos de vida, sus gastos personales y familiares, sus ingresos, entre otros; 6) Sí a la diferenciación según la

⁸⁰PEREZ FUENTES, Gisela María, “*El daño moral en Iberoamérica*”, 1ra. Edición, noviembre 2006, Tabasco, México, p. 47, se manifiesta que existe una relación entre el carácter que se le atribuya a la compensación por el daño moral y el monto que a disponer en los diversos supuestos; para quienes piensan que es sancionatorio o ejemplar, el monto estará en relación con la falta que tiende a reprimir, la mayor malicia que tiña la acción, la mala fe del ofensor. En cambio, quienes le atribuyen carácter satisfactivo, se inclinan por una mirada hacia los padecimientos de la víctima. No falta quienes le atribuyen el doble carácter de ejemplar y satisfactivo, y entonces, toman en cuenta ambos aspectos.

⁸¹ITURRASPE, Jorge Mosset, “*Responsabilidad por Daños*”, Tomo V, Rubinzal-Culsoni Editores, año 2006, pp. 228-231.

gravedad del daño, para lo cual habrá que confeccionar un catálogo de daños de orden moral, a saber: Que se ubican como morales como alteración disvaliosa de los estados de ánimo, angustia, tristeza; una disminución de la salud, de la integridad psicofísica; pérdida de un órgano, de un sentido, de un miembro, alteración por la tragedia ocurrida a un familiar; alteraciones nacidas del avance en la intimidad o reserva; alteraciones por la pérdida de la armonía o belleza, del rostro o de partes del cuerpo que se muestran; alteración por la frustración de los proyectos de vida; alteración por el ataque a la identidad personal, etc.; 7) Sí a la atención a las peculiaridades del caso, de la víctima y del victimario; 8) Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes; 9) Sí a los placeres compensatorios, es decir la posibilidad de lograr con el dinero la satisfacción de necesidades, no se trata de borrar el dolor con el placer, ni de compensar sufrimientos con gozo; pero las víctimas o sus familiares, a través del empleo del capital rígido, podrían, razonablemente, superar una escasez, una limitación, una falta de bienes o servicios y ello, dentro del contexto económico del país y el general standard de vida contribuye a dar calidad a la vida; y, 10) Sí a sumas que puedan pagarse.⁸²

Toda daño resarcible, requiere ciertos requisitos como son: a) Debe ser Cierto: la existencia del daño (actual o futuro) debe ser constatado. No se tiene en cuenta el daño hipotético o eventual. Puede ser actual y determinado o futuro y determinable. b) Subsistente al momento en que se reclama: No tiene que haber desaparecido al momento en que se reclama. No tuvo que haber una indemnización previa. Excepción: El asegurador puede reclamar al responsable, lo pagado al asegurado, si el perjuicio hubiese desaparecido. c) Personal del que lo reclama: Debe ser propio del que lo reclama, puede ser directo o indirecto. Directo: el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, que es a la vez víctima del hecho. Indirecto: cuando el acto ataca los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro que resulta damnificado; y, d) Interés Legítimo: Debe ser un interés jurídico, tutelado por la ley. No están contemplados los actos ilícitos.

Importante es destacar que lo que respecta al daño moral, este no existirá, si se comprueba que el bien es susceptible de ser remplazado en especie o por su equivalente económico, pues no se ha

⁸²Complicado se vuelve establecer el monto del daño moral, ya que al no poderse probar, se infieren, no se resarcen, sino más bien se compensan, ya que una persona que ha resultado afectada moralmente por un hecho, aun condenando al imputado a una cantidad monetaria elevada, nunca podrá reparar el daño moral causal, que queda gravado en la memoria de la víctima, así por ejemplo en un homicidio

atentado contra la honra, reputación o buen nombre de una persona, sea esta natural o jurídica, obviamente que en caso contrario procedería la acción por daño moral y perjuicios.

11.4. La Relación de causalidad

Esta se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño provocado, lo que indica que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a esta por una relación de causa-efecto, lo que debe de probarse, ya que no puede inferirse, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, un hecho el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del Juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante.⁸³

La prueba del nexo puede ser: 1) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y 2) indirecta, mediante indicios, de convicción lógico indirecto, que requieren de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado. Sin embargo, existirán causales exonerativas de responsabilidad del demandado, quien tiene la posibilidad de defenderse probando diligencia y cuidado, o inexistencia del nexo causal, o la existencia de una causal exonerativa de responsabilidad, comúnmente conocida como causa extraña, entre las que se tienen: 1) el caso fortuito y/o fuerza mayor⁸⁴; 2) el hecho del tercero, quien es un extraño y acciona, dando lugar a la consecuencia dañosa; y, 3) el hecho de la víctima⁸⁵.

Al referirse al caso fortuito y/o fuerza mayor, el Código Civil de El Salvador, en su Art. 43 alude a la fuerza mayor o caso fortuito como términos similares, ya que no hace diferencia de una manera específica, al decir "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigo, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.; sin embargo, es preciso hacer diferencias respecto a ellos; así el Código

⁸³GHERSI A., Carlos, "*Los nuevos daños, Soluciones Modernas de Reparación*", editorial Hammurabi, SRL. Buenos Aires, Argentina, 2000. p. 270

⁸⁴BUSTAMANTE, Alsina, Jorge, Ob. Cit. p. 315, dice, que en el caso fortuito, lo que acontece es inesperado, imprevisible; en la fuerza mayor, alude a lo irresistible, es decir a lo inevitable.

⁸⁵ROCA, Encarna. Op. cit. p. 144., dice que la culpa exclusiva de la víctima se cuándo su conducta es la única causa de su propio daño. Se trata de un caso de ruptura del nexo causal, quedando librado el demandado de toda responsabilidad. En estos casos interviene el propio agraviado en la producción del hecho daños, por lo que se exige al supuesto ofensor de responsabilidad.

Civil de la República de Panamá, en su artículo 34-D, da una definición más clara, diciendo que la “fuerza mayor es la situación producida por el hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos y otros semejantes.” Asimismo expresa que, el caso fortuito, es el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como un naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole.

El hecho de un tercero, como causal de exoneración parte del supuesto inicial según el cual el causante directo del daño es un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad. No son terceras las personas a quienes además del demandado, la ley adjudica responsabilidad solidaria y que por ende resultan coobligados. Jurídicamente solo es tercero alguien extraño, por quien no se debe responder, es decir, no vinculado con el sujeto contra el que se dirige la acción resarcitoria. Así por ejemplo, el supuesto más común del hecho del tercero es aquel en el cual la participación de alguien extraño al demandante y al demandado fue la verdadera causa del daño, y en este sentido se configura una inexistencia del nexo causal.

También existen casos en los cuales el hecho es producido desde el punto de vista fáctico por el demandado, quien ve determinada su conducta por el actuar de un tercero, haciendo que el daño sea imputable a ese tercero de forma exclusiva, como en el caso de la legítima defensa⁸⁶ cuando el daño producto de esa defensa se causa a alguien distinto de aquel cuya agresión se pretende repeler; en este caso el Juez se encuentra frente a una imposibilidad de imputación, puesto que la defensa fue determinada por el hecho del tercero agresor. Ahora bien, en el evento en que el hecho del tercero aparezca junto con el actuar del demandado como concausa en la producción del daño, lo que se genera es una solidaridad entre ellos como coautores del daño, pudiendo la víctima perseguir por el total de la indemnización a todos o a cualquiera de ellos indistintamente.

⁸⁶SANTOS BALLESTERO, Jorge, “*Instituciones de responsabilidad civil*”, Tomo III, 1ra. Ed., Bogotá, Editorial Fundación Cultura Javeriana de Artes Gráfica, 2006, p.131, refiere que la legítima defensa opera tanto en el ámbito penal como en el civil; en materia penal se fija como una causal de justificación, que genera una ausencia de responsabilidad, y se determina como una excluyente de la antijuridicidad porque la conducta de quien actúa en defensa de un derecho, contra una agresión que es injusta, actual o inminente, no puede ser susceptible de juicio de reprocho alguno, es decir que en condiciones tales, se afirma el hecho como justificado. La doctrina en lo civil en cuanto a la legítima defensa pregona igualmente la existencia de esa defensa y por consiguiente justificativa de la antijuridicidad al admitir los elementos de este factor de justificación, traídos de lo penal.

El concurso de conductas eficientes en la producción de un daño, provenientes de personas distintas a la víctima directa, genera obligación solidaria y, por lo tanto, el dañado puede exigir la obligación de indemnización a cualquiera de las personas que participaron en la producción del daño. Por consiguiente, cuando la conducta del tercero no es única ni exclusiva, sino coparticipada en forma eficiente y adecuada con la del demandado, el afectado puede pedir la declaratoria de responsabilidad de uno o de todos los deudores solidarios. Esta es la situación por la cual la coparticipación del tercero no es constitutiva de exonerante de responsabilidad; para que la conducta del tercero fuera exonerante se requiriera su exclusividad, y, además, que fuera determinante en la producción del daño.⁸⁷

Por otra parte, el hecho del tercero debe tener las características de toda causa extraña y en consecuencia debe ser irresistible e imprevisible, puesto que si se prueba que pudo haber sido previsto y/o evitado por el demandado y no lo hizo, debe ser considerado imputable conforme al principio según el cual “no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo”.

Cuando se habla respecto al hecho de la víctima, se hace referencia a una causal que impide efectuar la imputación, en el sentido de que si bien es cierto que puede ser que el demandado haya causado el daño físico o materialmente, el mismo no puede serle imputable en la medida en que el actuar de la víctima que le resultó extraño, imprevisible e irresistible lo llevó a actuar de forma que causara el daño, razón por la cual el mismo es imputable desde el punto de vista jurídico a la víctima y no al demandado. Sin embargo, ese hecho de la víctima debe ser imprevisible e

⁸⁷ Sentencia de Amparo No., 228-2007 de fecha cuatro de febrero del dos mil once, dictada por la Sala de lo Constitucional, relacionada a la responsabilidad civil subsidiaria, donde respecto a ésta fija posición diciendo que en el Derecho Civil, la responsabilidad surge como resultado del deber de reparar un daño o perjuicio jurídico, ello significa que la conducta previa del sujeto previa al daño es contraria al ordenamiento jurídico. En ese sentido la reparación es la sanción que indefectiblemente el Derecho impone a aquel que lo ha infringido y que ha afectado o lesionado intereses jurídicamente protegidos de otro individuo. Al referirse al fundamento de la responsabilidad subsidiaria de instituciones oficiales autónomas constituye un mecanismo básicamente objetivo de reparación que solo para en la medida en que se haya producido un daño patrimonial o moral como consecuencia de lesiones a derechos consagrados en la Constitución, conculcaciones que deberán generarse por acciones u omisiones reflejadas en las actuaciones de funcionarios o empleados públicos que les sean imputables. Refiere que el fundamento constitucionales de las referidas instituciones, lo constituye la protección y garantía del patrimonio de la víctima, cuya preservación se pretende frente a todo daño no buscado, no querido ni merecido por la persona que resulte lesionada por la actuación de las mencionadas entidades; así atreves de esta responsabilidad subsidiaria se tiende a cubrir toda lesión sufrida por los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios público, al margen de cuál sea el grado de voluntariedad e incluso de previsión del servidor público.

irresistible, en el sentido de que si el demandado pudo haber previsto la producción del daño al que eventualmente se expondría la víctima y no lo hizo, se entiende que concurrió en su producción. De la misma manera, si el demandado pudo haberse resistido a los efectos nocivos de la exposición de la víctima y no lo hizo pudiendo hacerlo, también debe correr con los efectos nocivos en la producción del daño a título de con causalidad.

11.5. La Culpabilidad.

En materia penal la culpabilidad es la consecuencia de establecer todos los elementos de la conducta punible que resulta de un nexo contradictorio entre la voluntad consciente del agente imputable y la obligación que tiene de comportarse de acuerdo con las exigencias de la ley penal⁸⁸; Sin embargo ha de reconocerse, dos formas de culpabilidad, una que es realizada con dolo y la otra con culpa⁸⁹.

Se entenderá por culpa, el reproche a una voluntad consciente que determina la verificación de un hecho típico y antijurídico, donde se actuó con omisión del deber de cuidado que era exigible al agente de acuerdo con sus condiciones personales y circunstancias en que actuó.

El dolo en el ámbito penal, es la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio negativo de reproche, lo que implica que el sujeto actúa antijurídicamente, pudiendo y debiendo actuar de otra manera⁹⁰.

⁸⁸CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, “*Culpabilidad y Pena*”, 1ª ed. JUSTICIA DE PAZ (CSJ-AECI), San Salvador, Noviembre 1999, p.6, al hacer alusión a la culpabilidad la ubica como un presupuesto y límite de la pena estatal, exigiendo para la punibilidad dos requisitos, como son: a) que el autor sea culpable del hecho cometido por él y no por otros; y, b) la equivalencia de la pena a la gravedad de la culpabilidad referida a la gravedad del hecho no a la personalidad del autor, por consiguiente no es responsable penal el autor que no ha cometido un hecho antijurídico con base en una libre decisión de voluntad; en consecuencia no es culpable el incapaz de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión y no es admisible la responsabilidad por el mero resultado objetivo, en cuanto no es imputable a la voluntad del autor.

⁸⁹La culpa, pues, se presenta en dos casos: a) Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consiente y es desde luego las más grave. Así cuando alguien conociendo los defectos de una máquina, antes de proceder a su reparación le emplea en una actividad en la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consiente en razón del daño causado; y, b) Cuando el autor no prevé el daño que pueda causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos, aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente. En el ejemplo anterior el no conocer los defectos de una máquina hace al autor responsable de una culpa inconsciente, pues una persona prudente debe examinar continuamente los instrumentos que emplea en una determinada actividad.”

⁹⁰CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, “*El Delito Culposo*”, 1ª ed. Corte Suprema de Justicia, El Salvador, octubre 2001, pp. 73-75, al referirse a la Teoría de la voluntad dice: “*De acuerdo con la teoría del asentimiento o del consentimiento, predominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, durante mucho*

En el ámbito civil, el dolo es el resultado típico y antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber objetivo de cuidado, sabedor del hecho y el curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio del mundo exterior y con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado.

La normativa Civil en el Art. 42 define las tres especies de culpa o descuido, como son: la culpa grave o culpa lata, la culpa leve y la culpa o descuido levísimo, determinándose que la primera se asemeja al dolo, ya que se actuó con conocimiento de la conducta antijurídica y lo hizo imprudentemente confiado poder evitarlo o cuando no se previó el daño a causar, pero pudo preverlo.⁹¹ No obstante ello, si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito; pero si el hecho es culpable sin intención de dañar, se estará en presencia de un cuasidelito.

Sin embargo, ha de señalarse que a los fines del resarcimiento del daño, la culpa en el ámbito civil se aprecia como un criterio muy afinado para no dejar a la víctima sin reparación; en lo penal, existe mayor rigor para valorar las circunstancias constitutivas de la culpa con el propósito de no condenar a un inocente, por lo que la culpa leve impone responsabilidad civil al autor de un daño y por consiguiente, una absolución penal por falta de culpa.

Es de recalcar que en materia civil el dolo no se presume, salvo en determinados casos, como lo establece el Art. 330 CC; lo que no sucede en materia penal, ya que el presumir va en contra del principio de culpabilidad y del derecho de defensa.

tiempo y mayoritariamente en la doctrina, el conocimiento del autor no se diferencia en el dolo eventual y en la culpa consciente; en ambos casos el autor conoce el riesgo de producción del resultado lesivo, pero la diferencia estriba en que en el dolo eventual el autor asiente, acepta o está de acuerdo con la producción del resultado para el caso de que tenga lugar". También se pronuncia en cuanto a la Teoría de la Representación, expresando: "Para aquellas posiciones que conciben el dolo solo como dolo de conocimiento, negando que la voluntad constituya elemento del dolo, todo conocimiento por el autor del riesgo concreto de lesión de un bien es ya dolo. La imprudencia quedaría limitada a un error, esto es, a una ausencia de conocimiento sobre el riesgo de producción del resultado lesivo (la imprudencia como error es siempre inconsciente). Por ello en la práctica, no se deja lugar para la culpa consciente que a lo sumo podría limitarse a un conocimiento del riesgo abstracto de lesión, aunque eso comporta ya que sea inconsciente que a lo sumo podría limitarse a un conocimiento del riesgo abstracto de lesión, aunque eso comporta ya que sea inconsciente respecto del resultado lesivo".

⁹¹Habrá conducta culposa si lo hizo pensando en que no se produciría el accidente por su habilidad para el manejo, y habrá conducta dolosa si condujo en tal forma sin importarle el atropellar o no a alguien.

12. DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRACONTRACTUAL

12.1. Según el nacimiento de la responsabilidad.

En la responsabilidad contractual, su nacimiento se presenta por el incumplimiento dañoso de una obligación de un contrato o de una relación jurídica nacida antes del surgimiento del vínculo entre las partes. En cambio, la responsabilidad extracontractual, nace de la producción de un daño sin que exista una relación obligatoria, previa y determinada, es decir que se deriva por la ley o hechos ilícitos.⁹²

12.2. Según su estructura.

La responsabilidad contractual es sustitutiva o anexa de la obligación preexistente; mientras la extracontractual surge como una nueva obligación entre dos sujetos que no tenían previamente un vínculo jurídico determinado que tuviera relación con el objeto del daño o sea, la infracción nace como un deber genérico de no causar daño a los demás.

12.3. Daños Previsibles e Imprevisibles.

En la responsabilidad contractual todo descansa sobre la previsión de las ventajas que le procura el contrato, todo lo cual prevé su incumplimiento y las consecuencias que derivan del mismo con cuyo cargo a ellas.⁹³ En la responsabilidad extracontractual, el deudor responde no solo por los daños previsibles, sino también por los daños imprevisibles, esto debido a que la voluntad del actor del delito no puede ser un elemento suficiente para limitar su obligación.

12.4. Carga de la Prueba.

En la responsabilidad contractual, se genera una presunción iure et de iure de culpa en contra del deudor, a quien para exonerarse de la obligación de indemnizar debe probar, por lo que el acreedor debe demostrar la existencia del contrato y la ausencia del resultado pactado. En la extracontractual, la carga de la prueba pesa sobre la víctima, quien debe demostrar todos los elementos constitutivos de dicha responsabilidad.

⁹²COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. “*Manual de Obligaciones*”. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, Argentina 1967. p. 116.

⁹³Mazcaud, H y Tunc. A, “*Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil*”, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, p. 569.

12.5. Liquidación anticipada de los daños y perjuicios.

En la responsabilidad contractual se aplica la denominada cláusula penal, la cual establece el monto mínimo de los daños y perjuicios proveniente del incumplimiento de una obligación, los cuales van a ser liquidados de una forma anticipada. Y ello se hace como una forma de garantizar el cumplimiento del contrato.⁹⁴

Esta cláusula penal solo puede existir si se trata de una responsabilidad contractual, ya que en el caso de la responsabilidad extracontractual, no existe un vínculo previo, por lo que no existe o puede existir un incumplimiento de una obligación ni por supuesto una liquidación anticipada de daños y perjuicios de una obligación que no existe.

12.6. En cuanto a las cláusulas que modifican la responsabilidad.

La responsabilidad civil contractual puede limitarse mediante una cláusula limitadora de responsabilidad, que se hacen constar en el mismo instrumento liberando de cualquier responsabilidad a una de las partes. Lo que no sucede en la responsabilidad civil extracontractual, debido a que no existe contrato alguno.⁹⁵

12.7. Según su combinación:

12.7.1. La responsabilidad extracontractual se puede presentar tanto en un hecho sancionado como delito penal; así como en una acción que cause un daño la cual no sea de interés para el derecho penal; esto debido a que si se encuentra ante un daño ocasionado el cual no sea sancionable penalmente, las normas aplicables para el ejercicio de la responsabilidad civil, no serán otras que las que establece el Código Civil: pero en el caso que se trata de hacer ejercicio de la responsabilidad civil en un delito penal, se aplicará tanto los artículos del Código Penal como del Derecho Civil.

12.7.2. También es de indicar que la responsabilidad penal se diferencia de la civil, en cuanto a que en la penal ésta tiene lugar aun en casos donde no se haya ocasionado daño, es decir en los delitos

⁹⁴Con el incumplimiento nace de forma inmediata los efectos de la cláusula penal, sin importar la existencia o no de daños. El Art. 1406 CC dice *“La cláusula penal es aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo, en caso de no ejecutar la obligación principal o de retornar su ejecución”*. Las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. La ley permite a las partes que al margen de sus mandatos, incluyan algunas estipulaciones en los contratos con estas finalidades.

de peligro en abstracto o concretos y en los delitos en grado tentado, lo que no sucede en lo civil. Lo anterior deja claro el por qué el derecho penal no tiende a reparar daños, sino a controlar conductas, lo que no implica que no se tomen medidas resarcitorias como decir la devolución de objetos sustraídos a su dueño o la libertad del privado de libertad.

12.7.3. La responsabilidad penal se origina de una acción típica, antijurídica y culpable. La responsabilidad civil se basa en una acción simplemente antijurídica y culpable; bajo lo anterior se debe tener claro que la responsabilidad penal implica una acción que ha sido tipificada por el Código Penal como delito; por el contrario las acciones sobre las cuales actúa la responsabilidad civil, se regulan mediante normas generales, normas de Derecho Civil, que establecen previsiones generales, son un tipo abstracto e hipotético donde se establecen los elementos fácticos que determinan la responsabilidad civil. Si se viola una obligación contraída mediante convención, se enfrenta a la responsabilidad contractual, por el contrario a la responsabilidad extracontractual se llega por exclusión.

12.7.4. En la responsabilidad penal las sanciones pueden ser de diferente tipo como: presidio, prisión, arresto, multa, etc.; se busca sancionar el delito a través de la pena, la que se determina por la responsabilidad del actor o por su mayor o menor peligrosidad. En la responsabilidad civil aplica un castigo de indemnización natural o dinero; en los daños materiales, incorporales o morales de afección se busca reparar a través de la indemnización; en el caso de la indemnización, esta se mide por el perjuicio causado.

12.7.5. El daño efectivo es un elemento indispensable para que se ejecute la responsabilidad civil, este daño efectivo puede ser material, moral o corporal, con el fin de llevar a cabo su reparación. El carácter patrimonial se encuentra intrínseco en el Derecho Civil, pero su responsabilidad puede verse ampliada a los menores de edad, incapaces y personas jurídicas, esta última requiere la investigación de la responsabilidad del agente, o, al menor, la comprobación de carácter socialmente peligroso que ese individuo o su acto puede ofrecer.

Su distinción estriba en el interés propuesto del derecho, ya que si el interés se refiere al goce o satisfacción de un objeto insusceptible de apreciación pecuniaria el interés es moral o no patrimonial;

y cuando lo es de un objeto apreciable en dinero o de bienes comprendidos en la riqueza material, el interés es patrimonial o material.

En el caso del derecho penal, es necesario también que el presunto imputado produzca un resultado, peligro o daño a bienes jurídicos tutelados, pero para la existencia de la responsabilidad penal, existen delitos tipificados que no es necesaria la existencia del resultado, sino solo se necesita demostrar la culpabilidad, debido a que estos delitos nacen con la peligrosidad al bien jurídico tutelado y no con su daño, estos delitos reciben el nombre de delitos de peligro y se pueden clasificar en concreto o abstracto.

12.7.6. En cuanto a los intereses que se tutelan, la responsabilidad penal, se aplica cuando se viola la ley de orden público; pero en el caso de que lo lesionado sea de interés privado, se trata de responsabilidad civil.

12.7.7. Para la responsabilidad penal los daños o perjuicios tienen un carácter social, pues son considerados como atentados contra el orden público lo suficientemente graves como para ser fuertemente reprobados y ser erigidos en infracciones. Las sanciones penales tienen una función esencialmente punitiva y represiva y solo busca la prevención de manera accesoria. La responsabilidad civil intenta asegurar a las víctimas la reparación de los daños privados que le han sido causados, tratando de poner las cosas en el estado en que se encontraban antes del daño y restablecer el equilibrio que ha desaparecido entre los miembros del grupo.

Debe quedar claro que la diferencia entre la responsabilidad civil y otras responsabilidades impuestas por el derecho, estriba en primer lugar, en que en la responsabilidad civil debe existir daño, lo que puede no acontecer en el derecho penal.

De este modo, se puede decir, que la responsabilidad civil no es subsidiaria, es decir no se impone luego de las otras sanciones o cuando éstas no se han impuesto, por lo que puede coexistir con la responsabilidad penal, administrativa, ética, sin dar lugar a planteos de non vis in ídem, incluso la responsabilidad civil puede ser previa. Es de mencionar que ambas ramas jurídicas pueden coexistir en un mismo hecho, es decir, una pena privativa de libertad puede ser aplicada, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiera acarrear haber incurrido en un hecho ilícito.

13. CONSECUENCIAS CIVILES DEL DELITO PENAL

Al hablar de la responsabilidad penal⁹⁶, estamos hablando de una conducta humana contraria al ordenamiento legal, donde su sanción tiene diversas formas de manifestarse, así el derecho penal pertenece al Derecho Público y se caracteriza por su intervención violenta, estigmatizante, desbastadora para quien la sufre, es por ello que es la última ratio del orden jurídico de la que el Estado se vale cuando han fallado los otros instrumentos de control.

La rigurosidad en materia penal es puesta de manifiesto, ya que el legislador ha configurado conductas prohibitivas que de encajarse en ellas por un sujeto acusado amerita una sanción de naturaleza puramente penal relacionada a su privación de libertad ambulatoria y ello se debe a que ese sujeto activo no ha respetado ciertos bienes jurídicos que la sociedad ha decidido proteger, tal como la vida, el patrimonio, la libertad, etc., lo que hace que su titularidad sea también pública.⁹⁷

⁹⁶La responsabilidad penal, lo que constituye el máximo instrumento de control⁸³ de las conductas humanas por lo que tanto la ilicitud como la sanción tienen particulares formas. El derecho penal pertenece al derecho público y se caracteriza por su intervención violenta⁸⁴, estigmatizante, devastadora para quien la sufre. Es por ello considerada la última ratio del orden jurídico, aquello a lo que se recurre cuando han fallado todos los otros instrumentos de control. Es además rigurosamente formal porque las conductas prohibidas están descriptas en tipos que deben amoldarse perfectamente en la conducta que pueda haber realizado el delincuente. Surge únicamente cuando no se han respetado ciertos bienes jurídicos que la sociedad ha decidido proteger de esta forma, lo que hace que su titularidad sea también pública. La víctima tiene un papel secundario, no siendo parte del proceso penal, salvo que deduzca querrela. Las partes son el fiscal y el delincuente imputado; el querellante en cambio es un personaje contingente en el derecho argentino. Además se diferencia la responsabilidad civil de la penal en que tiene lugar aun en casos en que no se ha causado daño, como ser en los delitos de peligro abstracto o concreto y también en los casos en que el delito se consuma como ser la tentativa. Esto se explica porque el derecho penal no tiende a reparar daños sino a controlar conductas. Esto no quiere decir que penalmente no se tomen algunas medidas resarcitorias como ser la devolución de objetos sustraídos a su dueño o la liberación del privado de libertad. Además impera el principio de que en caso de dudarse está a favor del reo. La responsabilidad civil por último también necesita de la ilicitud y también al igual que las demás establece una sanción que consiste en la indemnización, ya sea que esta consista en dinero o en la reposición de las cosas al estado anterior. Es lo que se conoce como sanción resarcitoria. Sin embargo debemos aclarar que no es la responsabilidad civil la única sanción resarcitoria que se conoce. La nulidad, también vuelve las cosas anterior al acto que se ha declarado inválido y por ejemplo si se declara nula una compraventa debe entonces devolverse la cosa y el precio. La sanción resarcitoria es además pecuniaria cuando consiste en una suma de dinero, o apreciable en dinero cuando se abona in natura, pero no es la única sanción pecuniaria que conoce el derecho civil. Podemos citar también dentro de esa categoría a los intereses punitivos, intereses sancionatorios, la cláusula penal moratoria, arras penitenciales

⁹⁷El profesor de la Universidad Complutense de Madrid García Pablos de Molina opina que el control social es el “conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar dicho sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias. El control social dispone de numerosos *sistemas normativos* (la religión, la ética, el Derecho civil, el Derecho penal, etc.); de diversos órganos o portadores (la familia, la Iglesia, los partidos, los sindicatos, la justicia, etc.); *de variadas estrategias de actuación o respuestas* (represión, prevención, resocialización, etc.) *de diferentes modalidades de sanciones*

Esta responsabilidad se dirige a proteger bienes vitales para la convivencia social, como: la vida, la salud, la libertad, el honor, etc., protección que se llevaba a cabo mediante la sanción de las conductas que tienden a lesionar o poner en peligro estos bienes jurídicos; siendo la Asamblea Legislativa la que selecciona que bienes jurídicos serán objeto de protección.

Por lo que se puede afirmar que el concepto de la responsabilidad penal se determina por la adecuación del hecho previsto por la ley como típico, junto a la contradicción del acto con valores que protege el ordenamiento y el Derecho Penal, la imputación a un sujeto que era capaz de comprender el carácter ilícito de su acción y la capacidad de ser reprochable la conducta a título personal debido a la inexistencia de una exclusión de responsabilidad.

Hay dos principios consignados en la ley penal para establecer la responsabilidad civil, el primero, que expresa que quien es hallado responsable penalmente por la comisión de un delito o una falta debe responder también por sus consecuencias civiles, Art. 116 Pn. El segundo, que indica que quienes han intervenido como autores o partícipes en la comisión del delito responden solidariamente entre sí, Art.s. 32 y 33 Pn.

Entonces la fuente de la obligación de la responsabilidad civil directa, será diferente en cada uno de los casos contemplados por el legislador, primeramente tendrá como base el comportamiento propio del autor del delito o de la falta; y en el segundo, el contrato celebrado por la persona que ha asumido el riesgo de colmar pecuniariamente los dimanantes de un comportamiento delictivo y la que ha causado el daño.

De manera general el responsable directo del delito o la falta penal, se vuelve responsable principal también en la responsabilidad civil; pero habrá casos donde existirán otros tipos de responsables

(positivas, como ascensos, distinciones, buena reputación; negativas, reparación del daño, sanción pecuniaria, privación de la libertad, etc.) y *de particulares destinatarios* (estratos sociales deprimidos, estratos sociales privilegiados, etc.). La justicia, lógicamente, constituye uno de los posibles portadores del control social. El derecho Penal representa sólo uno de los sistemas normativos existentes [cursivas en original].” García Pablos de Molina, Antonio, *Derecho Penal. Introducción*, Publicaciones Complutense, Madrid, 2.000. p.3

como ejemplo en la coautoría, donde ya no solo es un sujeto activo sino varios, donde cada uno responde por igual⁹⁸. De la misma forma se señala a los cómplices, ya sean necesarios o no.⁹⁹

Es así que el Art. 116 Pn señala que toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, si del hecho se derivan daños o perjuicios, ya sean estos de carácter moral o material. En cuanto a las empresas ha sido claro el legislador, que aquellas que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias como consecuencia de un hecho previsto en la ley penal, serán responsables civilmente hasta el límite de la indemnización legalmente establecido o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

Es así, que en el caso de sujetos enmarcados en las excluyentes de responsabilidad penal, regulados en los numerales 3, 4, y 5 del Art. 27 Pn, si bien estos no responden, si lo hace la persona en cuyo favor fue precavido el mal, en proporción del beneficio recibido, esto referido a un estado de necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente; como también al referirse a un inimputable, responden quien tengan al sujeto activo bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que exista de su parte culpa o negligencia; y por último es responsable solidariamente, el que haya causado la situación de no exigibilidad y, en su defecto, el que hubiere ejecutado el hecho, esto referido al actuar u omitir bajo la no exigibilidad de otra conducta. Por la manera como los responsables especiales intervienen en la obligación resarcitoria, ellos asumen una responsabilidad subsidiaria, la cual dependiendo de si recae sobre una persona natural o una jurídica, así será común o especial, respectivamente.

⁹⁸Gutiérrez R., María: La Responsabilidad Penal del Coautor . Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p .446, refiere que la coautoría, en general, consiste en la realización conjunta, de al menos dos personas, de un delito en un plano de igualdad. En ella opera el principio de la imputación recíproca de las aportaciones; al sujeto no sólo se le imputa su propio comportamiento, sino también la conducta de los otros se le imputa como propia. Estas personas se encuentran vinculadas entre sí y el hecho típico se le imputa a cada cual como si lo hubiese realizado íntegramente. La coautoría debe ser diferenciada de las otras formas de autoría. Por una parte debe distinguirse de la autoría directa en cuanto no se puede exigir al coautor que realice personalmente todas las acciones descritas en el tipo penal, pues la coautoría se caracteriza por la ejecución del hecho punible mediante distribución de funciones. También debe distinguirse a la coautoría de la autoría mediata en cuanto no puede entenderse que los coautores realizan el hecho a través de los demás intervinientes; los coautores obran en un plano de igualdad

⁹⁹Art. 66 Pn. La pena del cómplice en el caso del numeral 1) del Art. 26 de este Código se fijará entre el mínimo legal correspondiente al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena y en el caso del numeral 2) del mismo artículo, se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y la mitad del máximo de la misma, pero en ningún caso excederá de las dos terceras partes de la pena que se imponga al autor.

La pluralidad de los responsables principales se caracteriza por ser solidaria¹⁰⁰, por lo que la responsabilidad civil de éstos deviene en solidaria, donde se plantea la necesidad de diferenciar la proporción con la que contribuirá cada uno de los obligadores a la reparación de los daños.¹⁰¹Otra forma de responsabilidad civil es la subsidiaria¹⁰², que se da cuando el responsable civil directo de un delito no puede resarcir el daño causado, por lo que la víctima puede reclamar, subsidiariamente, contra un tercero que no ha intervenido en el delito.

13.1. Restitución

Restitución de las cosas obtenidas como consecuencia de la realización del hecho punible o en su defecto, el pago del respectivo valor. Esta restitución deberá hacerse de la misma especie, siempre que sea posible, con abono de deterioros o menoscabos, a regulación del Juez o tribunal; opera aunque la cosa se encuentre en poder de tercero y éste la haya adquirido por medio legal, salvo su derecho de repetición contra quien corresponda, y si fuere el caso, el derecho a ser indemnizado civilmente por el responsable del delito o falta.

13.2. La reparación del daño

La reparación del daño que se haya causado, se hará mediante la valoración del Juez o tribunal determinando la entidad del daño causado, considerando el precio de la cosa y la afección del

¹⁰⁰Al referirnos a la responsabilidad solidaria, es tener claridad que esta se genera cuando el acreedor puede reclamar a cualquiera o a todos los responsables, el cumplimiento de una obligación o el resarcimiento total de un daño y ninguno puede ni excusar indicando al acreedor que se dirija contra otro responsable ni pretender el pago de solo una parte de lo adeudado. Esto es el deudor solidario carece del beneficio de excusión y debe resarcir o abonar el total de lo que se reclama, aunque existan otros deudores. Es decir que el acreedor puede reclamar el total de lo que se le debe a cualquiera de los responsables solidarios, por supuesto que una vez que obtienen el cobro de alguno de los deudores, no puede continuar con su reclamo contra el resto. El Art. 1382 CC. En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, solo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.

¹⁰¹ Art. 118 Pn. La responsabilidad civil derivada de un delito o falta, tendrá carácter solidario entre los declarados penalmente responsables como autores o partícipes. No obstante lo anterior y a los efectos internos de la relación de solidaridad, en el caso de ser dos o más los penalmente responsables de un delito o falta, el Juez o tribunal fijará la cuota por la que deba responder civilmente cada uno de ellos en proporción a su contribución al resultado.

¹⁰² Así por ejemplo, hablamos de la responsabilidad solidaria en cascada, que se genera cuando el responsable de los hechos sea un adolescente menor de dieciocho años, donde deben responder solidariamente con el de los daños y perjuicios causados, sus padres, tutores, guardadores, etc. El Art. 119 Pn, al referirse a la responsabilidad civil subsidiaria manifiesta, que ésta tendrá la misma extensión que la del responsable principal en cuyo defecto sea exigible.

agraviado. Esta podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o no hacer, atendiendo a la naturaleza de la infracción y a las condiciones personales y económicas del culpable.¹⁰³

13.3. La indemnización a víctima

La indemnización a víctima o a su familia por los perjuicios causados por daños materiales o morales, comprende no solo los causados al agraviado, sino los que se irroguen a sus familiares o a un tercero; su importe se regulará teniendo en cuenta la cantidad del perjuicio y las necesidades de la víctima, de acuerdo con su edad, su estado y aptitud laboral y, además, del beneficio obtenido por la comisión del delito. Por consiguiente lo que se busca principalmente es el resarcimiento del daño ocasionado a través de una suma pecuniaria, tratando de volver las cosas al estado en que se encontraban, por lo que la indemnización en dinero es la que resulta más favorable a la víctima.

13.4. Las costas procesales

Las costas procesales comprenden los honorarios y gastos ocasionados en las actuaciones judiciales, especialmente las que consisten en cantidades fijadas en forma arancelaria y los ocasionados por peritajes, exámenes de laboratorio y diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos que se han cometido. Estas costas son los gastos que se ocasionan en la tramitación del procedimiento judicial; pueden ser de muy diversa naturaleza y precisamente es en los procedimientos civiles donde se aprecia con más claridad la imposición de las costas cuando éstas son reclamadas y procede imponerlas¹⁰⁴.

¹⁰³En sentencia definitiva, ref. 28-0-03 de fecha 25 de agosto del 2003, la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, San Salvador, se manifestó Doctrinariamente se reconocen dos formas de reparar el perjuicio o daño patrimonial causado, a) la reparación natural o material consistente en que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de que se causara el perjuicio o daño; y b) la reparación por equivalente o por equivalencia, llamada indemnización propiamente tal; ésta se da cuando el supuesto jurídico de la reparación natural o material, es totalmente imposible de cumplir y por medio de la equivalencia, aunque las cosas no vuelvan al estado en que se encontraban antes de causarse el daño o perjuicio, estos son resarcidos compensándose la disminución o menoscabo patrimonial sufridos en razón del daño o perjuicio, esto es así porque, no siempre existirá la posibilidad de restituir al gobernado en el goce de los derechos que tenía antes de la ejecución del acto reclamado.

¹⁰⁴ Las costas procesales son aquellos gastos que ha originado el proceso a la parte que ha vencido en el mismo y que tiene derecho a que le sean reembolsados por quien ha perdido el pleito si éste resulta condenado a pagar dichas costas procesales. Los gastos o desembolsos económicos que origina el proceso son satisfechos, en principio, por cada una de las partes, a medida que se vayan produciendo. Sin embargo, al final del proceso, puede que alguna de las partes sea condenada a pagar las costas procesales, en cuyo caso deberá abonar las que ha originado el proceso a la parte vencedora del mismo. Las costas procesales no incluyen todos los desembolsos económicos que a la parte vencedora del pleito le haya originado el mismo, sino sólo aquellos que tengan su origen directo e inmediato en el mismo y que se refieran a alguno de los siguientes

En materia penal, es común observar como los jueces en sus sentencias hacen alusión al Art. 181 de la Constitución de la República, para liberar de esa responsabilidad al perdidoso, aduciendo que la administración de justicia es gratuita, sin más esfuerzo por su justificación, olvidando que en muchos casos se actúa temerariamente o de mala fe para que no se realice algún acto procesal o la vista pública, donde se ha puesto en movimiento un aparataje administrativo que tiene que ver con el quehacer del tribunal en citar a todos los testigos; o en todo caso que la sección de traslado de reo traslade de un penal hacia el tribunal para que solo al llegar se diga que una de las partes ha solicitado su reprogramación.

conceptos: 1) Honorarios de abogado y procurador cuando su intervención haya sido preceptiva. 2) Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso. 3) Depósitos judiciales necesarios para la interposición de recursos. 4) Derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso (v. gr., indemnización a testigos por los gastos y perjuicios que su comparecencia les haya originado). 5) Copias, certificaciones, notas procesales, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la ley. 6) Derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso.

CAPÍTULO II

LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

SUMARIO: 1. La víctima; 1.1. Desarrollo histórico; 1.2. La justicia restaurativa; 1.3. La víctima civil en el proceso penal; 2. Modalidades de la acción penal; 2.1. Acción penal pública; 2.2. Acción penal dependiente de instancia particular; 2.3. Acción penal privada; 3. Características de la acción penal; 4. Característica de la acción civil; 5. Sujetos Procesales; 5.1. Sujetos penales; 5.2. Sujetos procesales civiles.

1. LA VÍCTIMA

1.1 DESARROLLO HISTÓRICO

Desde la época antigua el hombre ha buscado la forma en que se le repare el daño sufrido, partiendo de la venganza privada, donde la familia interviene para satisfacer la honra causada a la prole; luego surge la venganza pública, con la intervención del Estado, a través de la coacción, lo que dio lugar a que el mismo asumiera esa venganza privada y se relegara a la víctima olvidándola en el procedimiento respectivo y por consiguiente que fuera resarcida de ese daño recibido, lo que en su momento estuvo en relación con la criminología que junto con el derecho penal, solo veían como sancionar penalmente al delincuente, olvidándose de aquellas personas que fueron afectadas directamente por ese hecho penal, que a la larga favoreció al imputado, debido a que sobre él se iban construyendo derechos y garantías que respetar, mientras tanto la víctima, se mantenía en el olvido.¹⁰⁵

En el correr de la historia los diferentes pueblos han pregonado por la reparación del daño como una forma de castigo que se le impone al delincuente, así en el Derecho Antiguo, el Código de Hammurabi que distinguía entre hechos intencionales y no intencionales, conteniendo disposiciones de la ley del Talión en cuanto a que debía darse una retribución del mal por un mal igual;¹⁰⁶ se pretendía establecer leyes aplicables en todo tipo de casos para impedir que cada uno tomara la justicia por su mano, ya que sin ley escrita se generaba la posibilidad que cada quien actuara como quisiera. Sin embargo, este tipo de leyes solo se aplicaban entre individuos de igual categoría, pero en el caso de una categoría superior al de la víctima se condenaba a una pena pecuniaria.

¹⁰⁵ZAMORA GRANT, José, *“La Víctima en el Sistema Penal Mexicano”*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, D.F., 2002, p. 68, al respecto dice: “nuestro actual sistema de procuración y administración de justicia resulta ineficaz en ciertos casos para las víctimas de un hecho ilícito”.

¹⁰⁶SOLER, Sebastián, *“Derecho Penal Argentino”*, Tomo I, 8ª. Reimpresión, Edit. TEA, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 47.

En el antiguo testamento, en el libro de Génesis, se habla de que Caín mata a su hermano Abel, y producto de esa acción recibió un castigo y fue expulsado del paraíso, dando origen al primer homicidio de la humanidad, donde intervienen dos personas, una que es el victimario y la otra que es la víctima, así como el primer castigo a esa conducta realizada. Lo relevante es que en el Derecho Hebreo, se utilizó la ley del Talión como una forma de reparar el daño causado, y de ahí la famosa frase “ojo por ojo, diente por diente, rotura por rotura.”¹⁰⁷

En el Derecho Griego, el procedimiento penal se remonta a las costumbres y formas observadas en Atenas, donde los juicios se llevaban a cabo de manera oral y pública, donde el ofendido sostenía su acusación ante el Arconte, al tratarse de delitos privados y en ocasiones ante un Tribunal, donde las partes presentaban sus alegatos y se dictaba ahí la sentencia ante el pueblo; lo importante es que el Arconte, se asemeja a un fiscal que en la actualidad representa a la víctima¹⁰⁸.

En Roma, en sus inicios se mantiene el carácter sagrado de las penas, debido a que el jefe del gobierno civil y militar era también el jefe del culto religioso, por lo que se fue afirmando el principio de la venganza pública ejercido por el poder político, donde el rey, que a su vez era el sacerdote tenía plena jurisdiccional criminal. Sin embargo es en la Monarquía cuando se hace la distinción entre los delitos público y los delitos privados, donde en las penas públicas se aplicaba “El Suplicium”: ejecución de culpables y la pena “Damnum”: paga de dinero. Ya en la época de la República, se genera una lucha por el monopolio del poder público en la represión de los delitos y por prohibir la venganza privada, estableciéndose la composición como medio de evitar la venganza privada, sobresaliendo aquí la Ley de las XII Tablas¹⁰⁹, donde se obligaba al ofensor en los casos de delito y cuasidelitos al pago de daños y perjuicios, así por ejemplo, en el robo, se pagaba el doble de lo robado¹¹⁰.

¹⁰⁷Cfr. ZAMORA GRANT, José, Op. Cit. pp. 69-71.

¹⁰⁸COLIN SANCHEZ, Guillermo, Op. Cit. p.17.

¹⁰⁹PETTI, Eugene, “*Tratado Elemental de Derecho Romano*”, 9ª. Edición, Edit. Época, S.A. México, D.F. 1997, p. 454.

¹¹⁰RODRIGUEZ MANZANARES. Luis, “*La Victimología*”, 2da. Edición, Edit. Porrúa, México, D.F., 1989, p. 333.

Dentro de las diferentes etapas transitadas por el Derecho Romano, inicialmente el juzgador actuaba como árbitro y estaba sujeto a lo que las partes alegaban, pero a medida ese derecho evolucionó, se fue haciendo más represivo, con procedimientos inquisitivos, al tener el magistrado las funciones de acusador y de Juez¹¹¹.

Ya en la ley de Aquilia, se regula lo que es la reparación del daño, con tres capítulos básicos, como son, el primero que trataba de la muerte de esclavos; el segundo, regulaba la disposición por parte del adstipulator con perjuicio del acreedor estipulante; y el tercero que se ocupaba del *damnum injuria datum*, que comprendía las lesiones a esclavos o animales y destrucción o deterioro de cosas corpóreas.¹¹²

Dentro del Derecho Canónico, se clasifican tres categorías de delitos: a) El *delicta eclesiástica*, que atenta contra el Derecho Divino y son de exclusiva competencia de la iglesia; 2) el *delicta mere secularia*, que lesionan tan solo el orden humano y se penan por el poder laico; y, 3) el *delicta mixta*, que violan tanto una esfera como la otra y son penados por ambos poderes; siendo su sistema penal inquisitivo. El delito fue concebido como un pecado que ofendía a Dios, por lo que tuvo de relieve la venganza divina con excesiva formas de expiación y penitencia.¹¹³

En el Derecho Germánico, el proceso era formalista, donde el directamente ofendido por el delito, participaba directamente para darle impulso y reclamaba su derecho por medio de la venganza, conocida como “*blutacho*” o venganza de sangre, que tenía el carácter colectivo, que luego dio paso a la composición.

Luego en el Derecho Francés, surge el Código Francés, que favorece a esa responsabilidad civil, pues la reparación del daño dependía de la gravedad de la culpa del responsable además de sanción penal, en ese momento, la víctima empieza a emerger y se genera lo que es la culpa contractual que se refiere al incumplimiento de las personas con sus obligaciones y la culpa que no se vincula ni con el crimen ni con el delito, sino que se origina por negligencia o imprudencia.¹¹⁴

¹¹¹ GARCIA RAMIREZ, Sergio, “*Curso de Derecho Procesal Penal*”, 5ª. Edición, Edit. Porrúa, México, D.F. 1989, p. 102.

¹¹² COLIN SANCHEZ, Guillermo, Op. Cit. p. 19.

¹¹³ FONTAN BALESTRA, Carlos, Op. Cit. p. 45-46.

¹¹⁴ DE AGUIAR DIAS, José, “*Tratado de la Responsabilidad Civil*”, Tomo I, Edit. José M. Cajica, JR, S.A., 1957, p. 38.

A medida que los Estados fueron consolidándose comenzaron a juzgar a nombre de la colectividad, imponiendo penas crueles para reprimir el delito, no para reparar el daño causado; pero bajo la influencia de la filosofía de Cesar Bonnesa Marqués de Beccaria, con su obra de los Delitos y las penas, se sientan las bases de un derecho penal más humanitario, dándole a la pena una utilidad, en donde la medida de la pena implique el mínimo sacrificio, respetando siempre los derechos del delincuente.¹¹⁵

En la etapa moderna, al inicio de la mitad del siglo XX, surge la escuela positivista, dentro de los que se encuentran tres grandes pensadores criminológicos, como son Cesar Lombroso, Enrico Ferri; y Rafael Garófalo, que se refieren a la víctima de un delito penal; así, el primero, observa como la víctima era abandonada a su suerte en el transcurso del proceso y que finalizado el juicio y sancionado al delincuente, no se escuchaba la posición de la víctima, la cual no era indemnizada o reparada del daño que le habían causado; el segundo, que era discípulo de Lombroso, planteó el problema de la víctima y propuso reformas al procedimiento penal de la época que facilitara la reparación del daño, entre estas que la sociedad podía ser resarcida del daño causado por el criminal, si éste lo pagara con trabajos hechos para ella y que la indemnización fuera la sanción para los delitos menores; y el tercero, que es Garófalo, cuestionó el trato preferencial que el legislador le proporciona al delincuente y la indiferencia que el Estado muestra hacia la víctima del delito.¹¹⁶

En la evolución de la humanidad el concepto de víctima ha cambiado y se escucha por primera vez el vocablo “victimología” por los años cuarenta del siglo pasado, por el abogado B. Mendelsohn, en un hospital de Bucarest, ante un auditorio de Psiquiatras, psicoanalistas y forenses, quien se ocupa de toda víctima y todos los factores que causan su existencia, afirmando que la victimología no debe de interesarse solo por las víctimas de los delitos, sino también por las víctimas de las catástrofes naturales y que el delictivo es solo uno de los factores de la victimización.

¹¹⁵ZAMORA GRANT, José, en su Ob. Cit. p.74-75, dice: “la necesidad de una convivencia organizada es la que da origen al Estado derivado, un Estado secundario que consagra los derechos naturales del hombre con la única limitante del respeto a los derechos de terceros y todo con una principal finalidad: posibilitar la convivencia social”.

¹¹⁶NEUMAN, Elías, “*Victimología. El rol de la víctima en los delitos Convencionales y no Convencionales*”, 2ª. ed., Edit. Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 27,

Muy distinto al criminólogo alemán H. Von Henting, considerado como el primer estudioso de la víctima del delito que aborda la primera clasificación general de las víctimas y un estudio de tipos psicológicos de las víctimas prestando mayor atención a los menores, mujeres, ancianos, deficientes mentales, etc.¹¹⁷

La intervención de Organismos Internacionales, que exigen a los Estados mayor protección y protagonismo hacia las víctimas, ha sido evidente ya que han ejercido presión a los gobiernos para que legislen a favor de la protección de las víctimas, de tal forma que en el año 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas, promulgó la “Declaración de los Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delitos y Abusos de Poder”¹¹⁸, determinando cuatro campos de debilidad dentro del sistema de administración de justicia, como son: a) la incapacidad de ejercer un control social efectivo sobre el crimen, particularmente el crimen organizado, que genera altos niveles de victimización e impunidad; b) Incapacidad de ofrecer seguridad jurídica para los procesos de desarrollo económico; c) Incapacidad de dar acceso a los conflictos sociales fundamentales para el desarrollo social equitativo; y, d) Incapacidad de castigar las violaciones de los derechos humanos, lo que era necesario contemplar en la legislación para poner una mayor atención a la población vulnerable.

Ya con la intervención del Estado al absorber el ejercicio del *ius puniendi*, la justicia penal que tiene como objetivo castigar conductas tipificadas como delito en la legislación sustantiva, su persecución le ha sido encomendada a la Fiscalía General de la República, la que al tratarse de delitos de acción pública, se ve obligada en la recolección de prueba, no solo en la probanza del ilícito penal, sino también en lo concerniente a la responsabilidad civil, lo que implica que la víctima se ve relegada o en todo caso utilizada para participar en el juicio como un simple testigo de los hechos, olvidándose de ese proceso de victimización a la que fue sometida y porque no decirlo de ejercer sus derechos de acceso a la justicia, en busca de una justa retribución de los daños civiles sufridos a consecuencia del delito, dentro del mismo proceso penal.

¹¹⁷NEUMAN, Elías, Op. Cit. “*Victimología el rol de la víctima*”, Editorial Cárdenas, La Mesa B.C. 1992, p. 31.

¹¹⁸Asamblea General de la ONU, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder: resolución/adoptada por la Asamblea General, 29 de noviembre de 1985, A/RES/34, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f2275b.html>. Consultado el 19 de octubre de 2012.

Hablar hoy de victimología como ciencia, ya no es cosa de extrañar, pues ello permite adquirir un mejor conocimiento de ella y exige mayor involucramiento en la atención a las víctimas producto de un ilícito penal, no solo de las que han sido afectadas directamente sino también de aquellas que de una u otra forma también han resultado dañadas, esto ha implicado tener conceptos claros que ayuden a identificarlas¹¹⁹.

1.2. LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Dentro de los fines de la pena, se encuentra la parte represiva, que quien cometió una conducta prohibida, debe responder por ella y asumir las consecuencias como producto de sus acciones, ello implica que una vez finalizado el proceso penal, las partes materiales involucradas, resuelve el problema superficialmente, ya que de fondo ello no se logra con una condena o una absolución, esto debido a que la justicia penal está diseñada para la represión exclusivamente, no permitiendo un mayor protagonismo de la víctima dentro del proceso penal, a modo de buscar alternativas de solución a su caso; de ahí entonces la necesidad de la búsqueda en la aplicación de una justicia restaurativa, que involucra a esas mismas partes y a la comunidad, ya que el delito lo ve como algo más amplio y comprensivo, reconociendo el daño que resulta del crimen, ofreciendo alternativas al ofensor para que responda a la víctima, intentando subsanar lo que se ha destruido y que los involucrados puedan ver liberado ese pasado a través de esa solución alternativa planteada, buscando que no se vuelva a repetir.

Emma Meza Fonseca, en su obra *“Hacia una justicia restaurativa en México”*, dice: *“Al romper el vínculo entre la víctima y el inculgado, propicia la obsolescencia del sistema punitivo tradicional, por lo menos en lo que respecta a los delitos que no entrañan un peligro sustancial a la comunidad. Este tipo de delitos ponen en marcha, de manera inútil, la maquinaria jurisdiccional con las implicaciones que representa para el erario público, en el uso de recursos humanos y materiales, pues podrían resolverse durante la etapa de averiguación previa a través de la conciliación, evitando la carga de*

¹¹⁹Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General de la ONU, define que se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

*trabajo que representa para los órganos jurisdiccionales. Esto es así, porque —en la mayoría de los casos— con respecto de la reparación del daño las partes concluyen la Litis por mutuo consentimiento; para entonces, los órganos judiciales ya destinaron recursos innecesarios durante la tramitación de dicho procedimiento, acumulándose el rezago procesal de otros asuntos”.*¹²⁰

Es innegable que hoy en día, a esa responsabilidad civil, se le ha llamado el derecho de reparación integral de la víctima, bajo un modelo de justicia restaurativa, de modo que la víctima tenga un trato digno y pueda ejercer su derecho fundamental de acceso a la justicia, ello en orientación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, donde la oportuna reparación al pago de una indemnización sea ágil, justa y pertinente, con participación activa dentro del proceso.

Al referirse a ese modelo de justicia restaurativa¹²¹, se busca que dentro del proceso las personas directamente afectadas por un delito, de manera justa y equilibrada restauren la armonía social, dando solución al conflicto presentado, considerando las necesidades y pretensiones de las partes involucradas, a partir del hecho ofensivo, teniendo una participación activa y directa en el proceso, para así dar un rostro más humano a la justicia penal, especialmente en aquellas instituciones procesales aplicables como son: la conciliación, la mediación, la suspensión condicional del procedimiento y la reparación integral del daño.

¹²⁰ <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2010/CAPACITACION%20ESPECIALIZADA/bardales/Hacia%20una%20Justicia%20Restaurativa%20en%20M%C3%A9xico%20Emma%20Meza.pdf>, consultado 16 de febrero de 2013.

¹²¹ Respecto a esta justicia restauradora, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, dictó sentencia en el caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, de fecha 01 de marzo de 2005, relacionada con la desaparición forzada de las niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, donde el Estado de El Salvador, no solo fue condenado al pago por daño material a la suma de \$555,000.00; mas \$ 165,000.00 por daño inmaterial, sino que se le obligó como otra forma de reparación, que en plazo razonable investigue efectivamente los hechos denunciados; funcionamiento de una comisión nacional de búsqueda de jóvenes que desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado y participación de la sociedad civil; creación de una página web de búsqueda; y creación de un sistema de información genética; que el Estado debe realizar, en el plazo de un año, un acto público de reconocimiento de su responsabilidad en relación con las violaciones declaradas en esta Sentencia y de desagravio a las víctimas y sus familiares, en presencia de altas autoridades del Estado y de los miembros de la familia Serrano Cruz, en los términos de los párrafos 194 de la presente Sentencia; el Estado debe designar, en el plazo de seis meses, un día dedicado a los niños y niñas que, por diversos motivos, desaparecieron durante el conflicto armado interno. El Estado debe brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas, incluyendo los medicamentos que éstos requieran, tomando en consideración los padecimientos de cada uno de ellos, después de realizar una evaluación individual, y en el plazo de seis meses, informar a los familiares de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, en cuáles establecimientos de salud institutos especializados recibirán el referido tratamiento médico y psicológico.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf. Consultado 12 de octubre de 2012.

Valiosa ha sido la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en resolución 40/30 del 29 de noviembre de 1985, al referirse a las víctimas de delito, definiendo el concepto y además quienes deben considerarse víctima,¹²² lo cual además ha servido de inspiración y fortaleza a otras instituciones a fines en protección de los grupos más vulnerables de la sociedad.

1.3. LA VÍCTIMA CIVIL EN EL PROCESO PENAL

El Código de Instrucción Criminal, que estuvo vigente por espacio de 90 años, a pesar de ser una legislación de corte inquisitivo, donde el Juez actuaba oficiosamente en la investigación del delito, recolectando la prueba, admitiendo e incorporando la misma al juicio hasta valorarla, ya mencionaba la existencia de ambas acciones penal y civil, pero no daba cabida a que en los delitos perseguibles de oficio, se generará la posibilidad de que por separado se procediera a instar la acción civil, salvo en los delitos no perseguibles de oficio, pero se advertía que de hacerlo se tenía por renunciada la acción civil; situación misma que se mantuvo en los Código Procesales Penales de 1973 y de 1996, en su Arts. 90 y 44, en su orden¹²³; y se sigue manteniendo en la legislación adjetiva vigente en su Art. 42, lo que es razonable para evitar un doble juzgamiento bajo un mismo cuadro fáctico, en jurisdicciones diferentes, que en algún momento podrían llegar a colisionar con clara afectación a la

¹²² “Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

¹²³ Art. 42 PrPn., (1882), de todo delito o falta nace acción penal y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible. Es decir que el legislador de aquella época, ya consideraba que determinados delitos no acarrearán este tipo de responsabilidad; siendo esas mismas causas que en la actualidad se mantienen para ese resarcimiento del daño, en el Art. 115 Pn; a pesar de ello se evidencia la presencia de la escuela positivista, debido a que consideró que instada la acción penal, se tiene por consiguiente instada también la acción civil, ello se arriba de la lectura del Art. 45 Pr.Pn., cuando dice que ejercitada solo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil que nace del delito; sin embargo, al referirse a los delitos no perseguibles de oficio, establece que se pueda instar la acción en sede civil; pero se advierte que de hacerse se extingue la acción penal; ello implica que la víctima en este tipo de delitos se vio en desventajas con clara impunidad, ya que no daba opción para el ejercicio de la acción penal.

víctima para su reclamación; situación misma a la cual se refirieron los Códigos Penales vigentes en los años 1904 y 1973¹²⁴.

El legislador de los años 1882, previó en aquella época que a falta de una cantidad dineraria determinada en la sentencia, en cuanto a la responsabilidad civil, ésta se liquidara conforme lo establecía el capítulo 39, título VII, Libro II del Código de Procedimientos Civiles¹²⁵, hoy derogado, lo que da la pauta para decir que desde aquel entonces ya existía la forma como liquidar y reclamar la reparación civil cuando en la sentencia de mérito producto de un proceso penal, no se fijara; sin embargo, la exigencia era recurrir a la jurisdicción civil, revictimizando mas al afecto de ese injusto penal, ya que lo obligaba a recorrer otra materia, provocándole costos económicos, dado que la postulación requiere ciertos requisitos, entre estos que toda pretensión se realice a través de un Procurador¹²⁶.

Ya en vigencia el Código Procesal Penal y de Menores de 1973¹²⁷, siempre de corte inquisitivo, se plasmó en los Art. 38, 69, 81 la continuación de lo preceptuado en la ley adjetiva anterior, que señalaba que por regla general en los delitos perseguibles de oficio, su promoción lleva paralelamente el desarrollo de la acción civil, correspondiéndole a la Fiscalía General de la República, la promoción y ejercicio de ambas acciones, ello bajo el argumento de la defensa de orden social, al considerar el derecho penal como uno de los mecanismos sociales que tiene por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social, procurando alcanzar sus fines, declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable, de forma que pueda cumplir una función reparadora del

¹²⁴Art.68 Pn, vigente en el año 1904, expresaba que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente. De igual manera se mantuvo en el Código Penal de 1973, en su Art. 130.

¹²⁵Este capítulo refería el modo de proceder en la liquidación de daños y perjuicios, intereses y frutos, contaba con cuatro artículos, del 960 al 963; pero específicamente el primer artículo, señalaba que cuando en la causa principal de la sentencia no se haya determinado la suma que deba pagarse por daños y perjuicios, intereses o frutos, la parte acreedora a la indemnización presentará su demanda ante el Juez de Primera Instancia competente, acompañando la ejecutoria en que conste la condenación y una cuenta jurada que los especifique y estime; dentro del mismo se constata el respeto al derecho de audiencia, ya que por tres días se daba traslado a la parte contraria y se abría a prueba por ocho días, los que vencidos daba la pauta para que el Juez declarara el valor líquido de los perjuicios y daños.

¹²⁶El los Arts.98 y 104 del Código Procesal Civil, recién derogado, refería que cualquier persona que pueda comparecer en juicio por derechos propios o como representante legal, lo puede hacer por medio de otro, el cual se llama procurador, siendo obligatorio que todo escrito debería llevar la firma del Abogado director; en todo caso el cesionario de derecho deberá comparecer por medio de procurador si él mismo no lo fuere.

¹²⁷Decreto Legislativo No. 450, publicado en D.O. No. 208, T. 241 del 09 de noviembre de 1973.

equilibrio social perturbado por el delito, es decir, que se mantenga la unidad de ambas jurisdicciones.

Novedoso fue, que en el Código Procesal Penal de 1973¹²⁸, se integrara como nueva figura a los acusadores, para efecto que representaran a la víctima y pudieran instar la acción en delitos y faltas de acción pública, con facultades también para prescindir de la acusación y desistir de la misma, en este último caso, al encontrarse en presencia de un delito no perseguible de oficio; lo importante de ello, es que se provee la oportunidad para que a través del acusador, haya un posible resarcimiento del daño cometido por el agresor, dejando al ente Fiscal parte del monopolio encomendado, dándole mayor preponderancia a la víctima.

Aparece además una nueva figura, denominada el civilmente responsable, a quien la víctima a través del acusador particular nombrado, puede perseguir esa reclamación de la responsabilidad civil, tanto en el proceso penal como por separado en la jurisdicción civil, sin delegar totalmente esa responsabilidad al Ministerio Fiscal¹²⁹, naciendo así lo que es el actor civil dentro del proceso penal salvadoreño, a quien le corresponderá probar y alegar lo relativo a las consecuencias dañosas del hecho inculcado al civilmente responsable¹³⁰, pudiendo en todo caso, desistir de la pretensión. Otra novedad favorable a la víctima, es que aparece la figura de la responsabilidad civil de las personas jurídicas, en su Art. 146, que va dirigido a aquellos sujetos que tuvieron la representación o administración de esa persona jurídica o que existiere con ella una relación de dependencia.

Por otra parte dada la ineficacia del sistema procesal inquisitivo y la forma tardada e ineficaz en que se administraba justicia, con afectación de derechos fundamentales protegidos por la Constitución de la República, se formó una Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña conocida como CORELESAL, que refirió que toda la legislación penal requería reformas profundas, en especial la procesal, orientada a tres grandes componentes, como son: la constitucionalización de la ley procesal penal, su simplificación y su tecnificación, con características propias que lo desvinculen

¹²⁸Art. 50 y 53 PrPn de 1973, refiere un capítulo respecto a “los acusadores” en los delitos de oficio y delitos no perseguibles de oficio, institución novedosa, dado que en los anteriores Códigos Procesales no existía, dando paso a la víctima, para que dentro del proceso penal pueda defender sus pretensiones, ya no solo penal, sino civilmente.

¹²⁹Art.70 PrPn, vigente hasta el año 1998, permite que el acusador por separado de la acción penal, haga la reclamación en sede civil de la reparación, restitución e indemnización.

¹³⁰Art.77 PrPn, vigente hasta el año 1998, dice que civilmente responsable será la persona que deba responder por el inculcado de los daños y perjuicios causados por el delito.

con el sistema inquisitivo, sugiriendo además, la aplicación de un sistema acusatorio, que garantizara una oportunidad de defensa, el derecho a la asistencia letrada, la imparcialidad del Tribunal, el derecho de confrontar testigos, tener oportunidad de prueba de descargo o conocer los cargos efectuados, a permanecer en libertad durante el proceso, así como a que sea rápido y sencillo en la decisión definitiva a tomarse, todo en respeto del debido proceso, con mayor protagonismo de la víctima, en donde el Juez tenga una participación activa, pero neutral.

Es así que con fecha 04 de diciembre de 1996, el legislador dicta una nueva ley adjetiva penal, la que entra en vigencia el 20 de abril de 1998, con ciertas innovaciones respecto a la víctima, tal es el caso que no solo se considera víctima al directamente afectado, sino también a otros, que incluye a personas jurídicas, las que a través de la figura del querellante interviene con sus derechos, en reclamación de una pretensión pecuniaria.

En lo que respecta a la víctima se establece un capítulo específico, clarificando quien tiene calidad de víctima o de ofendido, para darles mayor protagonismo dentro del proceso, sean estas personas naturales o jurídicas, otorgándoles una serie de derechos dentro de la tramitación del proceso,¹³¹ de los cuales sobresale el de ser informado de los resultados del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, con la finalidad de poder impugnar cualquier decisión que se tome en su contra. Así mismo, aparece la figura del Querellante, que actúa con poder representando a la víctima, con todas las facultades para promover un requerimiento Fiscal y hasta la acusación respectiva.

Dentro de esta nueva legislación, la víctima se vuelve un actor principal en defensa de la responsabilidad civil sufrida a consecuencia del delito penal cometido, ya que hay un apartado exclusivamente para ello, comenzando por ampliar ese concepto de víctima, ya no referida únicamente al directamente afectado, sino que a otros sujetos invisibilizados en las legislaciones anteriores, por lo que se dicta un abanico de personas¹³², a quienes se les debe considerar como

¹³¹ Art.13 PrPn, (1996), refiere un catálogo de derechos a favor de la víctima, entre los que se encuentra el derecho a ser informada de lo que se realiza dentro del proceso, a recurrir de las decisiones que dicten en el Tribunal, a intervenir como parte, a ser indemnizada por los perjuicios derivados del hecho punible, a que se le reparen los daños ocasionados por el mismo o a que se le restituya el objeto reclamado.

¹³² Art.12 PrPn, vigente hasta el 31 de diciembre de 2010, se considera víctima: 1) al directamente ofendido por el delito; 2) Al cónyuge, al compañero de vida o conviviente, al hijo o padre adoptivo, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero testamentario, en los delitos cuyo resultado se la muerte del ofendido; 3) a los socios, respecto a los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, a sus gerentes, o por quien dirija o administren una

víctima; su importancia estriba, que de esa forma ingresan al proceso como parte, con iguales derechos ante el resto de sujetos procesales para plantear pretensiones y a oponerse a decisiones judiciales que les perjudiquen y con derechos específicos¹³³ que no eran considerados en las anteriores legislaciones de la materia; lo que permitió dar mayor cabida al afectado para verse favorecido en el resarcimiento de la responsabilidad civil, dejando a un lado ese monopolio que el Ministerio Fiscal ejercía de la acción penal donde el Estado por medio de la Fiscalía General de la República, a través de sus Fiscales eran los únicos protagonistas, específicamente en los delitos acción pública; prueba de ello, es la aparición de los delitos de acción pública previa instancia particular¹³⁴, donde hay un obstáculo para que oficiosamente la Fiscalía General de la República, inste la acción penal respectiva y por consiguiente la acción civil, este impedimento es que previo a ello, debe tener la autorización de la víctima para instar la acción penal, caso contrario lo actuado será nulo¹³⁵.

Otro aspecto importante fue la incorporación de la figura procesal de la Conversión de la Acción Pública a Privada en determinados delitos, que si bien dada la verticalidad operativa y administrativa con que opera ese ente persecutor, se resisten a atender la decisión de la víctima poniendo obstáculos y en algunos casos argumentando que no es posible realizar dicha conversión por no desacatar órdenes superiores y en otros por el complejo de superioridad y el ego desmedido que posee la parte fiscal, que los lleva a pensar que son los dueños del monopolio de la acción penal; pero en fin esto representa un adelanto que posibilita a la víctima a tener un control de su accionar

sociedad controlada, controlante o vinculada; y 4) a las asociaciones, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule con esos intereses.

¹³³Art. 13 Pr.Pn., vigente a hasta el 31 de diciembre de 2010, como son: intervenir y que se le ponga en conocimiento de las actuaciones que la policía, Fiscalía, los Tribunales realicen en su caso, a que se le nombre traductor, a que se le oiga de cualquier decisión para su respectiva impugnación, a ser indemnizado por los perjuicios derivados del hecho punible, a que no se revele su identidad ni la de sus familiares cuando fuere menor de edad, existiera un peligro evidente o cuando lo solicite, recibir protección en albergues.

¹³⁴Delitos de lesiones simples, lesiones culposas, amenazas, apropiación o retención indebida y administración fraudulenta, hurto de uso usurpaciones, inseminación artificial y experimentación, ilícitos en los cuales no se puede perseguir penalmente al hechor, sino por petición de la víctima, o en caso de incapacidad, por quien ejerza su representación legal o por el guardador.

¹³⁵Art. 224 No.3 Pr.Pn, vigente hasta el 31 de diciembre de 2010, refiere la falta de solicitud de instancia particular en los delitos perseguibles por acción pública dependiente e instancia particular, trae como consecuencia la nulidad absoluta de todo lo actuado; lo que implica el poder que en este caso se le otorga a la víctima, y que con razón le fue otorgado por el legisferante, ya que por la misma naturaleza del delito y su forma de cometimiento, posibilita que el conflicto se resuelva fuera de los Tribunales, donde al llegarse solo se materializa legalizándolo, aceptando de esa forma una composición voluntaria y posteriormente legal, lo que en algunos casos favorece a la víctima y evita arbitrariedad Fiscales y policial, sin permitir primero la intervención de ese sujeto víctima.

en lo que corresponde a la acción civil y por qué no decirlo para que a través de la composición voluntaria de forma racional se resuelva el caso en concreto o que se le posibilite ejercer la acción penal correspondiente directamente ante un Tribunal de sentencia, obviando la intervención Fiscal y teniendo así mejor control, no solo del resarcimiento civil, sino también de la parte penal.¹³⁶

De igual forma se encuentra la institución de la Conciliación,¹³⁷ donde es la víctima y el acusado quienes buscan un acuerdo razonablemente para dar fin al caso sometido a juicio, dejando una

¹³⁶Si bien una de las características del derecho penal es ser de orden público, se hace indisponible la aplicación del mismo; ello ha variado por ese avance de la victimología y la injerencia de organismos internacionales de derechos humanos, entre ellos la ONU y OEA y ha permitido seleccionar ciertos ilícitos penales, que quíerose o no su procesamiento sale del control del ente Fiscales y queda sometido a la víctima, lo cual ha permitido que ésta juegue un mayor protagonismo en defensa a su derecho a que se le resarza los efectos dejados por el delito penal cometido en su contra. Así el Art. 29 Pr.Pn, vigente hasta el 31 de diciembre de 1996, refiere que las acciones públicas podrán ser transformadas en acciones privadas a petición de la víctima, siempre que la Fiscalía lo autorice y no exista un interés gravemente comprometido, en delitos que requieran instancia particular, en delitos de orden patrimonial o cuando se prescinda la acción en razón de la insignificancia, la mínima contribución o la mínima culpabilidad del autor o partícipe. Ya en la práctica judicial, generó dificultad el definir cuando el administrador de justicia se encuentra ante “un interés gravemente comprometido”, así como ejemplo, el delito de robo, cuya sanción penal es de 6 a 10 años de prisión, algunos jueces consideraron que a pesar de tener pena alta y ser un delito grave, no tenía un contenido de interés grave que comprometiera los intereses de la víctima y por ello, a pesar de ese rechazo Fiscal, accedían a ello en protección de la autonomía de la víctima; aunque otros jueces eran de una postura diferente, apegándose a la postura Fiscal.

¹³⁷Art.32 PrPn, vigente hasta el 31 de diciembre de 2010, permitía que en los delitos patrimoniales o de contenido patrimonial, en los homicidios culposos, en las lesiones simples, lesiones culposas, en los delitos acción pública, previa instancia particular y delitos graves. Se prohíbe la conciliación en los delitos de hurto agravado, robo, robo agravado, extorsión, privación de libertad y secuestro. También en los delitos cometidos por reincidentes, habituales, de agrupaciones ilícitas o los que hayan conciliado delitos dolosos, de los mencionados en ese Art. 32. Porque no decirlo, en muchos casos penales, en delitos de robo tentado y robo agravado tentado, a pesar de ese acuerdo de la víctima con el acusado, que era favorable para ambos, también fue objeto de debate ya en la palestra judicial, dado que unos jueces a la luz del Art. 17 de la misma ley adjetiva, interpretaban restrictivamente que al no encontrarse dentro de ese catálogo de delitos los ilícitos tentados sean acabados o no, debía atenderse ese acuerdo a que víctima e imputado habían llegado, lo que favorecía a la víctima, dado lo engorroso de la tramitación del proceso y porque al final no estaba sometido a una incertidumbre judicial, respecto al fallo, que podría ser favorable o no. A pesar de ese protagonismo de la víctima, el ente Fiscales en algunos casos se opuso rotundamente, recurriendo ante la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, dado que no existía segunda instancia donde recurrir de un sobreseimiento definitivo como consecuencia de la extinción de la acción penal, producto de esa conciliación, con el resultado, según este tribunal superior, que no procede la conciliación en el delito de robo imperfecto o tentado, no debiendo el Juez haber hecho distinción con respecto a la regulación de la tentativa para fijar sobre esa base su propia competencia, pues, en todo caso, la finalidad del Derecho Penal es la prevención y represión del delito en su forma consumada, supuesto donde la tentativa es una norma incompleta cuyo fundamento de sanción obedece al riesgo de lesión al bien jurídico, de ahí que se le califique como un dispositivo amplificador del tipo; razón por la cual, no existe un criterio acertado para sostener que el robo imperfecto no se encuentra incluido en los casos de excepción comprendidos en los Arts. 31 numeral 11 y 32 Inc. 2º Pr. Pn. Y aclaró que ese alcance del Art. 17 Pr.Pn, de su propio tenor se desprende que la protección derivada de dicha norma y la potestad de realizar una interpretación analógica y extensiva, que se refieren únicamente al ámbito de libertad del imputado y al ejercicio de sus propias facultades procesales; por consiguiente esas sentencias fueron casadas. (Sentencia 369-CAS-2004, de fechas 13 de mayo de 2004, y 227-CAS-2005, fecha 21 de febrero de 2006).

mínima intervención al ente Fiscal, dado que sin el consentimiento de éste, las partes directamente afectadas son las que resuelven el conflicto presentado, en algunos casos resarciendo el daño civil provocado, donde también el Juez, en su parte de imparcialidad, tampoco puede obligar a ninguna de esas dos partes a que concilien. Con esta forma de resolver el conflicto presentado, la víctima es la persona protagonista, quien al final tiene la opción de decidir si acepta o no los acuerdos discutidos, avalados por el Juez, quien puede rechazarlos cuando vayan en perjuicio de ella.

A pesar de ello, el legislador no fue claro respecto a delitos que afectan derechos colectivos, como decir el medio ambiente, donde existen un mayor número de víctimas que se consideran afectadas, cuya representación queda en poder del Estado, igual sucede con el delito de la defraudación a la económica pública, donde a pesar de existir personas naturales determinadas que invirtieron sumas de dinero y que al final, fueron perjudicados por una casa corredora¹³⁸, retomando el Estado ambas jurisdicciones bajo el principio de la unidad de la jurisdicción y el argumento que ello es una cuestión de orden público o de interés exclusivo del Estado, provocando con ello esa unidad de la jurisdicción, pero con mayor agresividad en la parte penal para sancionar al culpable de un ilícito penal, ya que en lo que respecta a la responsabilidad civil no hay un mayor esfuerzo por probarla.

Si bien se menciona que la acción civil se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, también se posibilita que la víctima a través de su Querellante, intente en los Tribunales Civiles o Mercantiles, pero no puede promoverse en ambas jurisdicciones a la vez; sin embargo, si puede renunciar expresamente a la acción civil para que la fiscalía solo ejerza la acción penal correspondiente. No obstante, al tratarse de la figura del actor civil, su actuar dentro proceso es por lo general separado del ente fiscal, con pretensiones diferentes y con ofrecimiento de prueba, en algunos casos disímil; pero con una desigualdad en cuanto a que el legislador no se pronunció en absoluto en el código procesal penal, respecto a si el actor civil podía ampliar su demanda al momento de la vista pública.¹³⁹

¹³⁸Caso 143-1-2012, referido a la Sociedad Operaciones Bursátiles de Centro América, S.A. de C.V, conocida como OBC, que se tramitó en el Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador, donde hubieron 212 afectados, sin que hasta este momento se les haya resuelto lo concerniente a la responsabilidad civil; a pesar que los responsables ya fueron condenados penalmente.

¹³⁹Dentro de la vista pública, bajo la literalidad del Art. 375 No. 7 PrPn, el fiscal y el querellante pueden ampliar la acusación y pedir la suspensión de la audiencia, privilegio que no se le brinda al actor civil.

En cuanto a la sentencia sobre la responsabilidad civil, hay mejor avance, debido a que se posibilita al Juez, que sin material probatorio presentado, el Tribunal lo haga¹⁴⁰; situación que en la práctica de los Tribunales se volvió arbitraria e insegura por la disparidad de criterio que reflejan los administradores de justicia en las diferentes zonas del país y el poco conocimiento que poseen sobre la materia civil y mercantil, ya que confunden la sanción respecto al delito penal y las consecuencias que éste deja, es decir que los Tribunales de Sentencia desconocen de la jurisdicción civil, ya que aplican la pena asumiendo que la sanción que se le imponga, ya lleva implícita la responsabilidad civil y que por lo tanto no deben ahondar en ella; otros refieren la exigencia de prueba, caso contrario absuelven por haberse instado ambas acciones a la vez; en algunos casos al no tenerse su cuantificación, se declaran incompetentes y permiten que se promueva la acción civil conforme a su normativa autónoma; y otros optan por declarar en abstracto para que el reclamo se lleve a cabo en sede civil o mercantil; siendo evidente el abandono de la parte Fiscal en protección hacia la víctima, ya en sede civil y mercantil, dando muestra que solo les interesa la parte penal.

Es importante mencionar que dado el auge de delincuencia en El Salvador, se dictó la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja¹⁴¹, cuyos delitos al ser de acción pública, su persecución y promoción ante los Tribunales Especializados, le ha sido encomendada a la Fiscalía General de la República, lo que para la víctima fue retroceso en sus avances de protección, no solo en el ámbito penal, sino también en lo civil, ya que no permite en su artículo 18,¹⁴² que esa promoción la haga la víctima a través del Querellante, como si se hace en el procedimiento común, lo que implica que se le veda ejercitar todos aquellos derechos ya ganados, que incluye participar activamente desde su inicio del proceso y en especial de la recolección de la prueba básica para lograr su pretensión civil en el juicio, ya que esa intervención se le permite a través del querellante dentro de los cinco días señalados para la audiencia preliminar, lo que la pone en desventaja al

¹⁴⁰Art.361inc, 3ro.PrPn, vigente hasta el 31 de diciembre de 2010 decía “En la sentencia condenatoria el Tribunal resolverá igualmente sobre el monto de la responsabilidad civil, la persona que deba percibirla y los obligados a satisfacerla. Si en el proceso no hubiere podido determinarse con precisión la cuantía de las consecuencias civiles del delito, el Tribunal las fijará tomando en cuenta la naturaleza del hecho, sus consecuencias y los demás elementos de juicio que hubiere podido recoger”.

¹⁴¹D.L. No. 190 del 20 de diciembre de 2006, publicado en el D.O. No. 13, T. 374 del 22 de enero del 2007, que en su artículo 1, refiere un concepto de crimen organizado y un catálogo de delitos considerados de realización compleja, entre los que se encuentran el Homicidio simple o agravado, el secuestro; y la extorsión.

¹⁴²El Art.18 Ley Contra el Crimen Organizado y de Realización Compleja, refiere que recibida la acusación directa o el dictamen, el Juez Especializado de Instrucción señalará día y hora para la celebración de la audiencia preliminar, dentro de un plazo no menor a veinte días hábiles ni mayor de sesenta días hábiles. Dentro de dicho término, pondrá a disposición de las partes las actuaciones y las evidencias, con el objeto que puedan consultarlas y resolverá las peticiones de apoyo judicial necesario para la preparación de la defensa.

momento de dictarse la sentencia de mérito, por el escaso tiempo que se le da para la recolección y ofrecimiento de su prueba.

Es inevitable señalar que ya en los Códigos de Instrucción Criminal de 1882 y Código Procesal Penal de 1973¹⁴³, se obligaba a que fuera el mismo Juez penal que dictó la sentencia definitiva, quien la ejecutara, donde se incluía lo concerniente a la responsabilidad civil, lo que ya no apareció en la legislación adjetiva de 1996; sin embargo, se crearon Tribunal de Vigilancia y de Ejecución de la Pena, a través de la Ley Penitenciaria¹⁴⁴, donde los Jueces penitenciarios debían de llevar el control de las penas impuestas¹⁴⁵, es decir que no se menciona lo concierne a la pena civil de forma puntual.

El auge delincencial ha generado mucha impunidad en El Salvador, ya que las víctimas de ilícitos penales se resisten a interponer la denuncia correspondiente, por el temor a poner en riesgo su vida o la de su grupo familiar más cercano, por consiguiente esa impunidad también se daba en materia civil, lo que obligó como política criminal para evitarlo, que el legislador dictara una ley denominada “Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos”, cuyo objetivo era regular las medidas de protección y atención que se proporcionarían a las víctimas, testigos y cualquier otra persona que se encuentre en situación de riesgo o peligro, como consecuencia de su intervención en la investigación de un delito en un proceso judicial, dichas medidas de protección pueden ser ordinarias o extraordinarias, y están a cargo de fijación a un ente administrativo, como es la Unidad Técnica Ejecutiva de Protección de Víctimas y Testigos.

En cuanto a las medidas ordinarias, que poseen especial interés, se menciona que en las diligencias de investigación o de carácter judicial, no consten los datos generales de la persona protegida, ni cualquier otro que pueda servir para su identificación, pudiendo utilizar para referirse a ella un número o cualquier clase de indicativo que la individualice y que se prohíba que cualquier persona revele datos que permitan identificar al protegido, por consiguiente hay reserva de esa información a

¹⁴³El Código Procesal Penal de 1973, regulaba un capítulo respecto a la ejecución civil y en su Art. 629 dice que las condenas a restitución y al pago de reparación de daños, indemnización de perjuicios y satisfacción de costas fijadas, se harán efectivas por el mismo Juez que pronunció la sentencia de primera instancia, siguiendo las normas del procedimiento establecido para el juicio ejecutivo en las leyes procesales civiles.

¹⁴⁴Ley Penitenciaria, publicada D.O.215, T. No. 349 del 16 de noviembre de 2000.

¹⁴⁵ Ley Penitenciaria, Art. 37. Controlar la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad.

la que tendrá acceso el Juez de la causa y la defensa técnica, con algunas limitaciones de advertencia que de revelarse información de ese testigo protegido, se amenaza con una sanción.¹⁴⁶

Para los fines en el orden penal, esta ley especial es muy valiosa, pero para lo concerniente a la responsabilidad civil, no ha sido efectiva, partiendo que de acuerdo al Código de Procedimientos Civiles, ya derogado, se exigía bajo el principio dispositivo, que quien presente una demanda, deba hacerlo a través de su Apoderado Legal, con las formalidades que la ley ha establecido; mismas exigencias que se encuentran en la normativa del Código Procesal Civil y Mercantil, vigentes, ya que no hay respuesta de como los Jueces Civiles y Mercantiles, pueden obviar esa exigencia de saber quién es la persona que demanda, no bastando con un número o nombre en clave, lo que viene a revictimizar mas a la víctima. Tal afirmación se enmarca en razón que de acuerdo a lo establecido en el Art. 361 PrPn, hoy derogado, se menciona que en la condena que se dicte, además de la sanción penal, debe el juzgador pronunciarse respecto a la responsabilidad civil; el problema es cuando esa víctima se menciona con una clave, sin revelar su nombre, como hará para comparecer en sede civil de esa forma y más aún cuando otorgue el poder especial que exige la norma civil, bajo el principio dispositivo.

Ya en vigencia la nueva normativa Procesal Penal, a partir del 01 de enero del 2011¹⁴⁷, se mantienen esos avances de la participación de la víctima dentro del proceso penal, con algunas variantes tales como la introducción de los principios de la dignidad humana y de acceso a la justicia, donde hoy se incluye a la víctima, a fin de que sea tratada con el debido respeto a su dignidad humana, especialmente en lo relativo a su autonomía personal e integridad física y moral, obligándose al Estado a garantizar el acceso a la administración de justicia, para poder intervenir en todo el procedimiento, que incluye su derecho al ofrecimiento de prueba¹⁴⁸, pero manteniéndose esas mismas medidas previstas en el regímenes de protección víctimas que le sean aplicables, sin haber sido superadas esas deficiencias en cuanto a la forma de reclamación de la responsabilidad civil en sede civil y mercantil.

¹⁴⁶Art. 147-F Pn. “El que divulgare la imagen o revelare datos que permitan identificar a una persona beneficiaria del Programa de Protección de Víctimas y Testigos será sancionado con prisión de cuatro a ocho años. La pena se agravará hasta en una tercera parte del máximo si ocurrieren lesiones o la muerte de la persona protegida o el hecho hubiere sido cometido por un funcionario o empleado público, autoridad pública o agente de autoridad”.

¹⁴⁷ Publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo No. 382, de fecha 30 de enero del 2009.

¹⁴⁸ Art.106 No. 8 Pr.Pn, la víctima tendrá derecho a ofrecer personalmente pruebas en las etapas procesales.

En protección a la víctima, el legislador ha mantenido en la vigente ley procesal, que en caso de que la Fiscalía no acuse, pueda hacerlo ella a través de la figura del querellante, quien con solo su acusación presentada en sede de instrucción puede irse a juicio¹⁴⁹; e incluso en caso de archivo de la investigación, previo a su reclamación al Fiscal, podrá solicitar que la acción pública se convierta en acción privada, para así, ella continuar la acción penal conforme al procedimiento de acción privada.

Valioso es mencionar que bajo la figura del actor civil, del civilmente responsable y del demandado civil, se busca garantizar a la víctima su acceso a la justicia, ya que hay un replanteamiento en el ejercicio de la pretensión resarcitoria, en razón que el sujeto activo de un delito penal y demandado civil pueden ser sujetos diferentes a quienes se les haga una reclamación en el orden civil y de ahí la obligación de constituirse dentro del proceso como actor civil a través de su respectiva solicitud, reuniéndose los requisitos que la misma ley adjetiva establece o en todo caso obligando al responsable o demandado civil a su constitución de manera forzosa dentro del desarrollo del proceso penal.

2. MODALIDADES DE LA ACCION PENAL

El Código Procesal Penal salvadoreño establece tres modalidades para el ejercicio de la acción penal, lo cual por disposición legal, permite que al mismo tiempo se promueva la acción civil correspondiente, en los casos que proceda su reclamación; lo que es cuestionable, debido a que queda en manos de la fiscalía esta última promoción, lo que rompe con el principio dispositivo¹⁵⁰, con clara afectación hacia la víctima, en razón que al ente Fiscal no le interesa lo concerniente a esa parte civil, sino a lograr una condena penal. A pesar de ello, el legislador estableció en el ordenamiento adjetivo penal, tres tipos de ejercicio de la acción penal, como son: la acción pública, la acción pública previa instancia particular; y la acción privada.

¹⁴⁹ Art. 363 Inc. 3ro.PrPn, Si el juicio se abre solo por la acusación del querellante, igualmente el Fiscal podrá intervenir en la vista pública. Art. 355 PrPn, el Fiscal y el querellante podrán proponer hasta cinco días después de concluida la instrucción, la respectiva acusación.

¹⁵⁰ De acuerdo al Art.6 CPCYM, la iniciación de todo proceso ya sea civil o mercantil corresponde al titular del derecho subjetivo o interés legítimo y que se discute en el proceso.

2.1. LA ACCION PENAL PÚBLICA

Acción penal pública es aquélla que puede ser ejercida de oficio – es decir, de propia iniciativa, sin necesidad de petición previa – por los órganos estatales encargados de la persecución penal, esto es, por los fiscales del Ministerio Público, que están obligados a ejercerla, en virtud del principio de legalidad, salvo en los casos expresamente previstos por la ley, por el mismo interés público que representa y que corresponde al Estado la administración de la justicia a través de un proceso penal, en busca de restablecer la paz social perturbada por la comisión de un delito, lo que permite que oficiosamente persiga en determinados ilícitos penales desde su iniciación hasta la ejecución de la sentencia a través de las instituciones ya establecidas.¹⁵¹

Es de resaltar que respecto a ese monopolio de la acción penal, la Sala de lo Constitucional salvadoreña en Sentencia de Amparo,¹⁵² se pronunció diciendo que la Constitución de la República, no establece que el ejercicio de la acción penal sea un “monopolio” por parte de la Fiscalía, como hasta ahora se había entendido, bajo la premisa de proteger su independencia funcional frente a otros Órganos; en consecuencia ya no solo el Ministerio fiscal puede presentar ante un juzgado de Paz, una querrela o dictamen de acusación en un juzgado de instrucción, sino que puede hacerlo la víctima, a través de un abogado, con lo que se reafirma la inexistencia de ese monopolio de la acción penal y se abre la posibilidad a la víctima para que ejerza su acción buscando una pretensión, no solo penal, sino también de responsabilidad civil.

Pero dada entonces esa pasividad o negligencia Fiscal en instar la acción penal y atendiendo a esa resolución de la Sala de lo Constitucional, el legislador dio un mayor protagonismo a la víctima, en el sentido que la habilita a que pueda solicitar la conversión de la acción pública a la acción privada, con la finalidad que ella sea la promotora de esa acción ante los Tribunales de Sentencia, con limitaciones legales establecidas, como son: a) cuando el Fiscal decida archivar la investigación, no obstante estar individualizado el presunto responsable; b) al tratarse de delitos de instancia particular; y, c) en cualquier delito relativo al patrimonio, salvo que el delito se ejecute bajo la modalidad de crimen organizado o existe un interés público gravemente comprometido; lo que es un avance en esa justicia hacia la víctima.

¹⁵¹ http://www.ministeriopublico.cl/netscape/interes/glosario_a_c.htm.

¹⁵² Sentencia estimatoria de inconstitucionalidad No. 5-2001 acumulada del 23 de diciembre del 2010, sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia,

2.2. LA ACCION PENAL DEPENDIENTE DE INSTANCIA PARTICULAR

La acción penal depende de instancia particular cuando solo procede iniciarse a petición de la víctima o en caso de incapacidad, por quien ejerce su representación legal o su guardador¹⁵³, la que una vez iniciada permite que el proceso continúe tramitándose de acuerdo con el proceso de acción penal pública.

Al respecto el legislador estableció un cumulo de delitos¹⁵⁴, que a pesar de estarse cometiendo, no puede proceder la Fiscalía a su promoción, a pesar de existir una denuncia cuando el denunciante no sea de las personas antes mencionadas, salvo que se encuentre en presencia de actos urgentes de investigación¹⁵⁵. En cuanto a la Policía Nacional Civil, ésta actuará cuando exista expresa solicitud de la persona facultada para instar la acción; es decir que este cuerpo policial también tiene limitaciones para proceder privando de libertad a una persona, al estarse en presencia de este tipo de ilícitos.¹⁵⁶

2.3. LA ACCION PENAL PRIVADA

Acusación privada, es la acción penal que promueve la persona directamente ofendida por un delito de los que el legislador ha configurado su procedencia¹⁵⁷; es decir que representan a aquellos ilícitos

¹⁵³En caso de menores e incapaces, la instancia privada la ejercerán sus representantes legales o guardadores. Sin embargo, si el menor o incapaz no tiene representante legal o guardador, o si el presunto autor del delito es familiar del menor o incapaz, el Ministerio Público procederá de oficio.

¹⁵⁴Art.27 PrPn, Lesiones del Art. 142 Pn, lesiones culposas, amenazas, inseminación artificial y experimentación, apropiación o retención indebida y administración fraudulenta, hurto de energía o fluidos y hurto de uso, usurpaciones, remoción o alteración de linderos, usurpación de aguas, perturbación violenta de la posesión.

¹⁵⁵Los actos urgentes de investigación se encuentran ubicados según la estructura del proceso, al inicio de la investigación, sin que medie control judicial ni de las partes; son actos cuya práctica no puede esperar por temor a la pérdida de un resultado trascendental para la averiguación del hecho delictivo, así por ejemplo un levantamiento de cadáver, una pericia de reconocimiento de sangre.

¹⁵⁶ El legislador ha establecido como una sanción procesal en el Art. 346 No. 3 Pr.Pn, que en caso se requiera o acuse, sin que exista solicitud de instancia particular, da la pauta al juzgador para que pueda declarar la nulidad absoluta de todo el proceso.

¹⁵⁷Art.28PrPn: delitos relativos al honor y a la intimidad, excepto los delitos de allanamiento de morada y de lugar de trabajo o establecimiento abierto al público; hurto impropio; competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela, los relativos a la insolvencia punible. A este corolario de delitos es de agregarse aquellos que a pesar de ser de acción pública, son transformados en acción privada a petición de la víctima, cuando el Fiscales decida archivar la investigación; sin embargo una vez se genere esa transformación, la víctima cuenta con un plazo perentorio de tres meses a partir de notificada para instar la acción penal ante el Tribunal de sentencia competencia y de no hacerlo en ese tiempo, la acción caducará y da lugar a dictarse un sobreseimiento definitivo a favor del justiciado, Art. 29PrPn,.

que afectan la esfera de la intimidad de la víctima; ello hace que la acción penal, su impulso deba de hacerse por la parte agraviada o su representante legal, esto incluye también la promoción de la acción civil, en ese sentido se prescinde de la participación de la Fiscalía y se le da trámite al procedimiento especial, prohibiéndosele a la Policía Nacional Civil, actuar por iniciativa propia, por denuncia, aviso y por orden Fiscales, salvo que sea por orden de la autoridad judicial y de generarse una promoción de acción por la falta de acusación o de capacidad para acusar da lugar a una nulidad absoluta¹⁵⁸.

3. CARACTERISTICAS DE LA ACCION PENAL

3.1. ACCION PENAL PÚBLICA

Es pública: La acción penal cuando está dirigida a los órganos del Estado y tiene además, importancia social, puesto que está orientada a restablecer el orden social perturbado por la comisión de un delito.

Oficialidad: Por tener carácter público, su ejercicio se halla monopolizado por el Estado a través del Ministerio Público, titular de la acción penal y que actúa de oficio, a instancia de la parte agraviada, por acción popular o por noticia policial, con excepción de los delitos perseguibles por acción privada. El Ministerio Público, a través de la Fiscalía General de la República, tiene la facultad de perseguir de oficio el delito sin necesidad de denuncia previa o por noticia de la comisión de un hecho delictivo¹⁵⁹. La oficialidad y oficiosidad son características que tienen un mismo origen: el monopolio del Estado en la persecución del delito.

Indivisibilidad: La acción penal es única, si bien en el proceso aparecen actos diversos promovidos por el titular de la acción penal, la acción es única y tiene una sola pretensión: la sanción penal que

¹⁵⁸El Código Procesal Penal, en capítulo IX del Libro Segundo, fija que ningún trámite ni acto de procedimiento será declarado nulo, si la nulidad no expresamente determinada por la ley y si ésta causa agravio, lo que da la pauta se declarar nulidad absoluta de todo el proceso, si el ejercicio de la acción penal privada, se ejercita por falta de capacidad para acusar y la falta de acusación, esto según lo establece el Art. 346 No. 3PrPn.

¹⁵⁹ De acuerdo al anteproyecto del Código Procesal Penal, año 1993, pág. 6, se hizo alusión a este principio, plasmado “que permitirá entender la administración de justicia, como una función eminentemente estatal que se concretiza a través de órganos especiales, a cuyo cargo está, no solo la aplicación de la ley penal o función jurisdiccional...”

alcanza a todos los que han participado en la comisión del delito. No existen distintas acciones que correspondan a cada agente, sino una acción indivisible.

Obligatoriedad: Es obligación por parte del Ministerio Público de ejercitar la acción penal ante la noticia de la presunta comisión de un hecho ilícito.

Irrevocabilidad: Una vez promovida la acción penal sólo puede concluir con una sentencia firme condenatoria o absolutoria o con un auto que declara el sobreseimiento o no haber lugar a juicio oral o declara fundada una excepción. No hay posibilidad de desistimiento o transacción, como ocurre en el caso de los procesos iniciados por acción privada o en los casos en los que se aplican los Criterios de Oportunidad. Esta característica es la que distingue la acción pública de la privada.

Indisponibilidad: la ley sólo autoriza al que tiene el derecho de ejercer la acción penal, por tanto, es un derecho indelegable, intransferible. En el caso de la acción penal pública, esta facultad está en manos del Ministerio Público y en caso de la acción penal privada, corresponde al agraviado o a su sustituto legal. En ambos casos se está frente a acciones dirigidas contra ciertas personas, determinadas y naturales, pues las personas jurídicas no cometen delitos como tales y la acción penal no puede estar dirigida tampoco a personas inexistentes o indeterminadas.

4. CARACTERISTICAS DE LA ACCION CIVIL

4.-1. ACCION CIVIL

Es privada, ya que su ejercicio corresponde a la persona damnificada por la infracción penal, donde se pretende hacer valer un derecho particular, descartándose el interés público o. A pesar de ello, se le habilita a la fiscalía para que junto con la penal promueva la acción civil.

Es voluntaria: En el acto de promover la acción penal privada prima la voluntad del titular.

Es renunciable: La acción penal privada es renunciable.

Es Relativa: por cuanto la administración de todo el proceso penal y sobre todo, la capacidad de ejercitar el ius puniendi está en manos del Estado, el particular tiene por tanto sólo facultades que se enmarcan dentro del control penal estatal.

Es disponible y divisible en cuanto a que el acusador determina contra quienes ejercerá la acción porque no es obligatoria ejercerla contra todos los responsables, pudiendo realizarla solamente contra uno o más de ellos.

Es accesoria, ya que requiere previamente la existencia de un proceso penal para la promoción del ejercicio de la acción civil.

Es patrimonial. La acción civil pretende que la persona responsable de los daños causados, responda por ellos; lo que difiere de la penal, que busca una condena de prisión, generalmente.¹⁶⁰

Es contingente, debido a que a pesar que se quebrantó una norma penal, no existe un daño resarcible económicamente o porque su titular no quiere ejercerla. Esto indica que el proceso penal, puede subsistir como tal, sin necesidad de promover la acción civil.

5. SUJETOS PROCESALES

Hablar de los sujetos procesales a la luz del Código Procesal Penal, es tener claridad en que son la esencia dentro del proceso, ya que sin sujeto procesal, sencillamente no hay proceso, lo que representó un salto cualitativo y cuantitativo a partir del año 1998, que entra en vigencia un nuevo modelo procesal, que derogó a otro, de corte inquisitivo, donde el expediente se erigía como el eje central del proceso, desdibujando y reduciendo el rol que los sujetos tenían dentro del mismo.

El Código Procesal Penal, regula a los distintos sujetos procesales que intervienen en el proceso, clasificados en dos grupos, los primeros que son los sujetos procesales penales propiamente dichos y sujetos procesales civiles accesorios a los primeros.

¹⁶⁰ Rubianes, Carlos J. *“Manual de Derecho Procesal Penal”*, Editorial UCA, pág. 243-244.

5.1. SUJETOS PENALES

5.1.1. El Juez: Es el representante del poder judicial para el ejercicio de la función penal esto es la potestad estatal de aplicar el derecho objetivo con relación a casos concretos, actúa en forma unipersonal o colegiada, en Juzgado, Tribunales o Cámaras. Teniendo competencia además de la penal, la civil, dentro de un proceso penal.

5.1.2. El Ministerio Público

Derogado el Código Procesal Penal, de 1973, la Fiscalía General de la República asume un rol de importancia en la persecución penal¹⁶¹, ya que sobre ella, generalmente recae una buena investigación y recolección de la prueba a someterse a juicio, por lo que se encuentra en tres escenarios diferentes, como son en el proceso penal, en la policía y la sociedad, ya que corresponde a ésta dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal, teniendo bajo su control al aparato policial¹⁶².

Imperativamente el legislador obliga a la Fiscalía General de la República, ejercer la acción penal pública, de forma oficiosa, en los delitos que no son de acción privada o de acción pública previa instancia particular, si en esta última no media autorización de la víctima,¹⁶³ en este caso la representación fiscal se ve limitada en cuanto a ese monopolio del ejercicio de la acción penal y por consiguiente de la acción civil, no pudiendo en ningún caso obligar a la víctima a que autorice su promoción.

Dentro de sus atribuciones más rescatables y que atañe con la víctima, es prevenir los hechos punibles que suceden en la sociedad, haciendo acopio de las pruebas que le conciernen, administrar la acusación pública y sustentarla; así como fungir de algún modo como Abogado de las víctimas.

Al respecto Cafferata N, hace una puntual reflexión diciendo “Crece también la idea de que Ministerio Público debe ubicarse “del lado” de la víctima, pues dentro del “interés público” que aquel

¹⁶¹ Art.2 Ley Orgánica de la FGR., que dice: es competencia de la FGR, dirigir, investigar los hechos punibles y promover y ejercer en forma exclusiva la acción penal pública.

¹⁶² Art.272 PrPn, refiere que los miembros de la Policía Nacional Civil, estarán bajo control de la Fiscalía y ejecutarán las órdenes de éstos.

¹⁶³ Art. 27 PrPn, establece que delitos son de acción privada previa instancia particular, señalando que al estarse en presencia de alguno de los delitos contemplados en esta disposición legal, la Fiscalía no podrá perseguir penalmente al sujeto acusado, sino es a petición de la víctima.

debe representar, se encuentra incorporado el interés en particular del ofendido por el delito”¹⁶⁴. Lo que se comparte debido a que el rol de la Fiscalía, no está acorde a defender los intereses de la víctima en cuanto al resarcimiento de los daños recibidos a consecuencia de ese ilícito penal, ya que sobre ello, no hay interés.

5.1.3. La víctima

En sentido lato, Víctima será la persona o entidad que experimenta el perjuicio que origina el hecho punible cometido por otro, es a quien el Estado debió proteger del derecho penalmente tutelado, por lo que se le reconoce como el gran artífice del proceso penal y por lo tanto así debe ser considerada por todos los intervinientes en el proceso, ya que es a ella a quien le atañe e importa, adquiriendo esa calidad con varias connotaciones y conceptos que giran sobre la misma, así se tiene a la víctima como tal, al querellante y al actor civil.

De acuerdo al Art. 105 PrPn, existe una amplia clasificación de quienes deben ser considerados como víctima, en primer lugar se ubica al directamente ofendido por el delito; en segundo, están los parientes más cercanos, respecto a los delitos cuya resultado haya sido la muerte del ofendido y a consecuencia de ello, ha repercutido en su desarrollo normal de su vida diaria; es criticable que solo se haya concebido esa calidad, cuando exista esa muerte del ofendido, ya que abran otros casos donde no se consume la muerte de esa persona, pero se dejan secuelas permanentes, que no le permiten movilidad, lo que no asegura una igualdad de derechos.

También se le otorga esa calidad de víctima, a los socios en relación a los delitos que afecten a una sociedad, con ello se protege los derechos de los accionistas en cuanto a su patrimonio; asimismo se incorporan las asociaciones, cuando se esté en presencia de delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que su objeto se vincule directamente con esos intereses.

5.1.4. El Querellante

El Querellante regulado en el Art. 107 PrPn, es la condición especial que adopta la víctima de una infracción penal, asumiendo un rol similar al de la Fiscalía General de la Republica, ya que éste

¹⁶⁴CAFFERATAS NORES, José L. “*Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*”. Tercera Edición, Editores del Puerto, S.L., Argentina, 2000. p. 266.

suele asumir de acusador público contra el imputado.¹⁶⁵ Para Clariá Olmedo, Querellante es “*el particular que produce querrela para provocar un proceso penal o que se introduce en un proceso el trámite como acusador, estando legalmente legitimado. Es siempre un acusador privado*”.

Una figura similar se emplea en el procedimiento de Acción Privada, donde se utiliza la figura del “acusador”, quien debe reunir los mismos requisitos del querellante; la diferencia estriba en el procedimiento a seguir, ya que en cuanto al querellante, su aplicación es el procedimiento ordinario, muy distinto al acusador, que lo hace en ese procedimiento especial.

Esos términos de “Querellante” y “Acusador”; ha provocado que en algunos casos, los jueces hagan prevenciones que al final perjudican a la víctima, imposibilitándole el acceso a la justicia, ya que bajo las reglas del Código Procesal Penal y Código Procesal Civil y Mercantil, para poder actuar dentro del proceso penal, deberán hacerlo con poder especial¹⁶⁶, el cual se rige por el principio de literalidad. El problema se enmarca en que los Abogados, cuando se les otorga el poder especial para acusar en este procedimiento especial, no son cuidadosos o por ignorancia, no se dan cuenta que se les está facultando para “querellar”, no para “acusar”; debido a que se querrela para el procedimiento ordinario, no para el procedimiento especial, por ello, atendiendo a la literalidad comentada, son rechazados, previa prevención de subsanación, si el Juez lo considera a bien, o sino de entrada al no cumplirse ese requisito procesal formal, declaran inadmisibile la pretensión presentada.

Lo anterior implica una afectación a la víctima al no permitírsele acceder a la administración de justicia, dada la rigurosidad de los jueces; sin embargo, ello es atendible, dado que como director del proceso debe conducir de mejor manera todo el actuar de las partes dentro del proceso; ello obliga a evitar cuestionamiento de las partes en cuanto a su legitimación procesal, dado que en este caso no se está en un simple error material del notario que otorgó el poder especial, sino en una ignorancia

¹⁶⁵CLARIA OLMEDO, Jorge A. “*Derecho Procesal Penal*”, T. II Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2001. pp.30 -31.Sin embargo, esa figura del querellante, pasa desapercibida por las partes, en el sentido que se olvidan que es la misma víctima del delito y que se ha constituido como tal, a través de un poder especial otorgado a un profesional del Derecho, para que promueva la acción penal y civil de ser necesario, ya que en esa condición se le puede obligar a declarar como testigo, Art. 112PrPn

¹⁶⁶ Art. 68 CPCYM, que dice “el poder para litigar se deberá otorgar por escritura pública. Art. 69 incl. 2do. y 3ro.CPCYM, “se requiere poder especial en los casos en que si lo exijan las leyes...El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. Art. 110 PrPn “la querrela deberá ser iniciada y proseguida por un Abogado de la República que actué con poder especial para el caso”.

en materia procesal penal respecto al actuar del Querellante y del “acusador”, tanto en el procedimiento ordinario como en el procedimiento especial; no obstante ello, corregida esa observación, se podrá promover nuevamente esa pretensión.

5.1.5. El imputado

El sujeto activo del delito es la parte fundamental del proceso penal, debido a que contra él se orienta la investigación y juzgamiento y cae la pretensión penal que por un determinado comportamiento lesionó o puso en peligro bienes jurídicamente protegidos; cabe entonces la existencia no solo de una persona, sino de varias, dependiendo su participación dentro del hecho cometido y por consiguiente se vuelven sujetos principales del proceso; vinculación que no queda al antojadizo del ente persecutor, sino que se realiza por mandato de ley, en busca de deducir responsabilidad por la conducta realizada, ya sea de índole penal o civil. Tan es así que el legislador preciso quien tiene la calidad de imputado, que incluye a la persona jurídica¹⁶⁷, las que obligatoriamente deben ser convocadas al juicio para que ejerciten debidamente el derecho de defensa material en los actos procesales y audiencias donde se pretenda incorporar prueba.

Para Jorge A. Clariá Olmedo, imputado “*es el perseguido penalmente, a quien se le concede el poder de pretender con fundamento opuesto a la pretensión incriminadora del acusador*”¹⁶⁸. El profesor Binder destaca que “*es la persona contra quien se dirige, no la acción penal, puesto que ésta es dirigida contra el Juez, sino la pretensión punitiva, o pedido de castigo*”¹⁶⁹. Ambas posturas independientemente de la forma en que se diga quien es imputado, el legislador salvadoreño ha definido que será cualquier persona señalada como autor o participe de un hecho punible dentro de un procedimiento penal.

5.1.6. Defensa técnica

La defensa técnica será la asistencia profesional que se le brinda a la persona que está siendo incriminada como imputado, para garantizar los derechos y garantías que en su condición le son

¹⁶⁷ Art.80 PrPn Tendrá la calidad de imputado, quien mediante cualquier acto del procedimiento, sea señalado como autor o partícipe de un hecho punible; en caso se esté en presencia de una persona jurídica, esta calidad de imputado la tendrán las personas que acordaron o ejecutaron el hecho punible.

¹⁶⁸ Clariá Olmedo, Jorge, “*Derecho Procesal Penal*”, Tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2001. P.57.

¹⁶⁹ BINDER M. Alberto, “*Introducción al derecho procesal penal*”, 2ª edición actualizada y ampliada. Editorial Ad-Hoc Buenos Aires, Argentina. 2002. P. 315.

otorgados, labor que debe realizar con eficacia y profesionalismo, con plena igualdad de armas que el resto de sujetos procesales.

La Sala de lo Constitucional ha dicho respecto a la defensa técnica “En su aspecto técnico, consiste en la garantía de la persona de ser asistido en el transcurso de todo el proceso por un profesional del derecho que, en igualdad de condiciones, enfrente tanto las alegaciones como las pruebas de cargo, presentadas por la parte acusadora”.¹⁷⁰ Como lo dice Clariá Olmedo, *“El defensor es un custodio respecto del imputado; es quien tiene que velar para que todo el conjunto de las garantías previstas a favor de las personas se cumplan efectivamente dentro del proceso”*¹⁷¹.

Como profesional, la defensa técnica, debe actuar con prudencia, honestidad y buena fe; por lo tanto no puede aconsejar actos dolosos, afirmar o negar con falsedad; hacer citas inexactas, incompletas y maliciosas, ni realizar acto alguno que estorbe o distorsione la administración de justicia¹⁷².

La intervención del Abogado Defensor en el Proceso Penal es de importancia vital porque su asesoría va a servir para que el imputado pueda hacer valer todos los derechos que le asisten y así hacer frente al poder del Estado manifestado en la maquinaria judicial puesta en movimiento para procesarlo.

5.2. SUJETOS PROCESALES CIVILES

Hablar del derecho de acción, es de tener claro que como un derecho fundamental, se encuentra protegido en la Constitución salvadoreña, al cual el constituyente se refirió en el Art. 2, como el Derecho a la conservación y defensa de los mismos, ya que a través de él, se posibilita el acceso a

¹⁷⁰Sentencia de amparo No 228-2007, Sala de lo Constitucional Corte Suprema de justicia, de fecha 04 de febrero de 2011, ISSS vrs. Juzgado Segundo de Instrucción, San Salvador.

¹⁷¹CLARIA OLMEDO, Jorge A., Op. Cit. T. II. p. 85.

¹⁷²Art.13 CPCYM. “Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, cualquier partícipe en el proceso, deberán actuar con veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal. El Juez procurará impedir toda conducta que implique actividad ilícita o genera dilación indebida del proceso”. Art. 14 Inc. 2do. CPCYM. “La infracción de las obligaciones de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal se sancionará con la condena en costas y con el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiera causado el infractor; sin perjuicio de que el Juez remita a la Sección de Investigación Profesional de la Corte Suprema de Justicia la respectiva certificación sobre la conducta de los Abogados intervinientes. El Código Procesal Penal vigente, regula en su Art. 129, lo que es el principio de Lealtad y buena Fe y dice “Los Abogados que cumplan funciones de representación como Fiscales, defensores, querellantes, acusadores, actores o responsables civiles, deberán litigar con lealtad, evitando prácticas dilatorias o el abuso de las facultades que el Código les concede”; estableciendo un procedimiento sancionatorio, en el Art. 133PrPn, que incluye multas, informe a Investigación Profesional de la Corte Suprema de Justicia, ello sin perjuicio de la responsabilidad penal.

los Tribunales de justicia para plantear una cuestión jurídica, a fin de obtener una pretensión de fondo planteada.

De ahí que a través de ese derecho de acción se genera una relación jurídica material, entre el particular y el Estado, o solo entre particulares, que haya su fundamento en un acto voluntario de las partes, tal es el caso de la responsabilidad contractual; o un acto unilateral de una de ellas que afecta a la otra, al encontrarse en la responsabilidad extracontractual o aquiliana; y por último que haya una vinculación por mandato de ley.

Sin embargo, al tratarse de un proceso penal, no se puede establecer que existe esa relación jurídica material entre el autor de un ilícito penal con el damnificado del mismo, que dé lugar a la contienda procesal penal, ello fue superado históricamente por la proscripción de la autocomposición y su tránsito hacia la resolución de los conflictos por los medios hetero-compositivos, por consiguiente quien acusa no es el titular del derecho de acción que busca lograr su pretensión de una sanción penal, sino solo el titular de un derecho al proceso, a través del cual pretende lograr se pronuncie una sentencia de fondo, correspondiendo esa responsabilidad al Fiscal General de la República, por medio de sus agentes auxiliares, al estarse en presencia de un delito de acción pública, lo que permite sostener que la pretensión tiene el carácter de público.¹⁷³

No es de olvidar que en materia de orden penal, hay disposición expresa como es el Art. 42 PrPn, que por economía procesal permite que instada la acción penal, también se insta la acción civil para efectos de reclamación en lo que corresponde a las consecuencias civiles dejadas por ese ilícito penal; pero está claro que en lo que respecta a la pretensión de una sanción penal, no hay una relación jurídica material, por ser esa pública, que tiene su fundamento en el derecho exclusivo del Estado de punir las conductas prohibidas.

¹⁷³Es de carácter público, debido a que el derecho de penar está reservado al Estado, al ser el receptor y el obligado a prestar la tutela jurídica, ya que es hacia él contra el que se dirige la acción, dado que si el Estado prohíbe las venganzas privadas y los duelos como sucedió en la edad media, tiene la obligación de establecer conductas prohibitivas con advertencia hacia los ciudadanos que de infringirla, pueden hacerse acreedores a una consecuencia jurídica, como es la imposición de una sanción penal.

Muy diferente es en la pretensión de la reclamación civil, que tiene una relación jurídica material basada en la responsabilidad extracontractual o aquiliana, lo que implica que no hay que confundir ambas pretensiones, a pesar que se promueven en un solo proceso, pero de orden penal.

De lo anterior no hay discusión que a la Fiscalía General de la República, se le ha encomendado esa doble tarea en cuanto a la promoción de la acción penal y la acción civil dentro del proceso penal en los delitos de acción pública y en su caso, de los de acción pública previa instancia particular; que en algunos casos no será así, dado que la víctima o damnificado pueden actuar dentro del mismo proceso, pero separadamente, así se tiene la figura del actor civil, que se constituye exclusivamente para reclamar la responsabilidad civil, como también que por separado decida llevar el caso solo con respecto a la parte civil, ante los Tribunales Civiles; de ahí surge el cuestionamiento si el ente Fiscal obligadamente en los delitos ya referidos, siempre debe instar ambas acciones, la respuesta será que sí, y que sí dentro del proceso se incorpora como actor civil la víctima o damnificado, corresponderá por cuenta de éste su impulso y ofrecimiento de prueba para el éxito de la pretensión.

No cabe duda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁷⁴ ha tenido influencia en la legislación salvadoreña, en cuanto a la protección hacia la víctima en sus derechos afectados, que ha permitido la aplicación de principios, que no solo rigen en materia penal, sino también en el proceso civil, ello para buscar la eficacia al momento de administrar justicia, dada la existencia de dos reclamaciones de naturaleza distintas, una que atañe al orden penal, que es pública y la otra del campo civil, que es privada; situación complicada para el Juez penal, al verse obligado a aplicar correctamente las normas materiales y procesales tanto en lo penal como en lo civil, donde en este

¹⁷⁴El Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son dos cuerpos de normas distintos pero complementarios. Ambos se ocupan de la protección de la vida, la salud y la dignidad de las personas. El DIH se aplica en situaciones de conflicto armado, mientras que el derecho de los derechos humanos está vigente en todo momento, tanto en tiempo de paz como de guerra. Los Estados tienen la obligación jurídica de respetar y aplicar el DIH y el derecho de los derechos humanos. El respeto del DIH exige a los Estados adoptar leyes nacionales destinadas a cumplir con las obligaciones que les incumben, formar a los militares y enjuiciar a quienes cometan violaciones graves a las disposiciones de esa rama del derecho. El derecho de los derechos humanos también exige que los Estados adopten leyes u otras medidas que les permitan aplicar sus normas y sancionar a quienes las violen. El derecho de los derechos humanos es más complejo y, a diferencia del DIH, comprende también tratados regionales. El principal instrumento internacional es la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1948. Otros tratados internacionales relativos a los derechos humanos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los tratados que se refieren a la prevención y el castigo de la tortura y otras prácticas crueles, inhumanas o degradantes, a la eliminación de la discriminación racial y la discriminación contra las mujeres, y a los derechos del niño. <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/ihl-human-rights/overview-ihl-and-human-rights.htm> consultado 16 de febrero de 2013.

último caso se corre el riesgo de una mala decisión final, sino se está preparado en conocimientos relacionados a la materia, lo que perjudicara a la víctima o damnificado.

Lo anterior implica además, que la autoridad judicial, como director del proceso¹⁷⁵ debe poner orden en la tramitación del mismo, comenzando desde la presentación de la pretensión formulada, no solo en lo concerniente al área penal, sino también en lo civil, ya que al haberle sido asignado resolver en un solo proceso, ambas pretensiones de materia diferente, está obligado a tener ese control y a ordenar el desarrollo del proceso, velando porque se respeten los derechos de los sujetos intervinientes y en especial de aquel que ha sufrido el ataque, con secuelas en el desarrollo normal de su vida diaria.

5.2.1. Actor civil

La legitimación ad proccesum es un presupuesto procesal, que se refiere a la capacidad para estar en juicio, o aptitud que debe concurrir en una persona para intervenir en cualquier clase de juicio. De ahí entonces que la personería corresponde al personero, al sujeto que porta, por decirlo así, la personalidad de otro y puede, por ende, actuar en su nombre y representación para hacer valer los derechos y pretensiones de aquel, lo que le constituye en parte formal.

La legitimación procesal, está en la capacidad de actuar y la titularidad para ejercer los derechos procesales que le corresponden como parte actora, por lo que basta estar debidamente acreditado en el juicio para tener esa capacidad procesal de actuar¹⁷⁶, la cual se encuentra conectada por el

¹⁷⁵El Código Procesal Penal, no regula una disposición precisa que señale que el Juez o Jueza sean los directores del proceso; sin embargo, el actual CPCYM, si lo hace en su Art. 14, al decir que la dirección del proceso está confiada al Juez, donde iniciado, deberá impulsarlo, disponiendo de las actuaciones oportunas y adecuadas para evitar su paralización, con responsabilidad si por negligencia se genera una demora. Si bien en materia penal, al estarse en un proceso acusatorio, le está vedado al Juez/a, en su tarea de imparcialidad, promover o intervenir oficiosamente en lo concerniente al tema probatorio como garantía orgánica que constituye la figura del Juez. Sin embargo, ésta no debe de entenderse como una pasividad dentro del proceso, ya que en la etapa preparatoria de la investigación le corresponde tener control sobre el requerimiento fiscal, autorizando peticiones que procedan legalmente o dictando medidas que limitan derechos fundamentales o en todo caso participar en actos de prueba anticipada controlando el cumplimiento de plazos fijados por el legislador en la norma adjetiva. De igual forma sucede en la etapa intermedia, donde el control del Juez debe estar presente en las actuaciones Fiscales es como en las pretensiones que formule para dejar expedito el camino en la realización del juicio. Y por último ya en el juicio, en ese poder de controlador y de director del proceso, debe garantizar la igualdad jurídica de las partes e impedir aquellas alegaciones impertinentes y ajenas al objeto del proceso.

¹⁷⁶El Art. 66 CPCYM, refiere que esa legitimación corresponde al titular de un derecho o un interés legalmente reconocido en relación con la pretensión. También se reconoce esa legitimación a las personas a quienes la ley expresamente les permite actuar en el proceso por derechos e intereses de los que no son

poder general judicial o especial con que actúa.¹⁷⁷Ya en materia penal, esa exigencia el legislador la regula en el Art. 119 inciso segundo del Pr.Pn, al indicar que el actor civil actuará a través de un Abogado, con poder especial.

A pesar de ello habrán casos donde el damnificado también es Abogado, lo que revierte su posición antes de víctima, a un actor demandante que busca una pretensión de responsabilidad civil, participación que no se le puede negar dentro del proceso, al reunir ese requisito de ser Abogado de la República; siempre y cuando no esté inhibido para ejercer la procuración.¹⁷⁸Sin embargo, en materia penal esa exigencia de procuración obligatoria, basada en un poder especial, no aplica, dado que el legislador habilitó al fiscal para que instada la acción penal lo pueda hacer también en materia civil; pero debe apartarse mentalmente que solo le interesa lo concerniente a una punición penal, asumiendo ese rol importante que le ha sido encomendado, es decir recolectando y ofreciendo al juzgador las pruebas conducentes a la indemnización material o morales de la víctima penal o la reparación del daño causado y porque no decirlo también en ese pago de costas procesales.¹⁷⁹

titulares. Así por ejemplo, la intervención procesal del coadyuvante, bajo lo dispuesto en el Art. 81CPCYM, que indica que mientras un proceso se encuentre pendiente, podrá ser admitido como coadyuvante del demandante o del demandado quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del proceso y siempre que dicho interés guarde relación de subordinación o dependencia con el objeto principal en litigio. Otros ejemplos son los Art. 1645 y 1646 del Código Civil, que indica el primero, que está referido a la obligación del saneamiento por evicción, que faculta al comprador de una cosa que ha sido demandado, para citar judicialmente al vendedor, a fin que comparezca a defender esa venta que le hizo y de no comparecer será responsable de la evicción. El segundo de estos artículos, se relaciona a que si el vendedor comparece al juicio, se seguirá contra él solo la demanda, pero el comprador, podrá siempre intervenir en el juicio para la conservación de sus derechos. El Art. 2107 CC. permite esa legitimación al fiador reconvenido, quien goza del beneficio de excusión para poder exigir antes que se proceda en su contra, a que se persiga la deuda en los bienes del deudor principal y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda.

¹⁷⁷De acuerdo a lo establecido en los Arts. 68 y 69 CPCYM, ese poder debe otorgarse por escritura pública. El poder general abarcará todo el proceso, con sus instancias y recursos, faculta al procurador para realizar válidamente en nombre de su poderdante todos los actos procesales comprendidos en la tramitación de los procesos. Al referirse al poder especial, el legislador determinó que en casos especiales cuando así lo exijan las leyes deberá otorgarse de esa manera "para realizar actos de disposición de los derechos e intereses protegidos por la ley y se regirá por el principio de literalidad, sin presumirse facultades especiales no conferidas explícitamente.

¹⁷⁸Art.67 CPCYM, "En los procesos civiles y mercantiles será preceptiva la comparecencia por medio de procurador, nombramiento que habrá de recaer en un Abogado de la República, sin cuyo concurso no se le dará trámite al proceso. No. 5) Los Abogados que en leyes especiales se les prohíba la procuración".

¹⁷⁹En la práctica judicial, los Fiscales al presentarse su requerimiento en sede de Paz, obvian hacer peticiones al juzgador sobre diligencias útiles para probar los daños materiales o morales y el monto de la pretensión, lo que no es advertido por el Juez/a y dan trámite al proceso, sin percatarse el daño que le causan a la víctima penal y que en algún momento por esa negligencia pueden ser condenados civilmente en caso sean demandados en la jurisdicción civil.

Como la intervención dentro del proceso no puede ser antojadiza, ese actor civil, debe acreditar interés, pero un interés jurídico sustancial y particular o concreto que induce al demandante a reclamar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado, a fin de que mediante sentencia resuelva sobre las pretensiones invocadas en la demanda.¹⁸⁰

Se ha hablado de una relación jurídica material que se manifiesta en esa relación extra-contractual dentro del ámbito civil y de esa forma aparecen dos sujetos básicos como son el actor civil y el responsable civil; en cuanto al primero, se hace referencia al damnificado de un hecho punible, que para exigir el pago de las consecuencias que le ocasionó el ilícito penal, debe constituirse como actor civil, reuniendo las formalidades establecidas en la ley, entre estas que sea representado por un Abogado, con poder especial¹⁸¹.

Ello implica tener claro la identificación de la víctima y del damnificado por la procedencia económica de la que se reclama, así por ejemplo, una asociación sin fines de lucro, directamente no puede ser damnificada, pero si tener la calidad de víctima, pretendiendo una condena de un sujeto a quien se le atribuye la comisión de un ilícito penal que afecte intereses colectivos o difusos,¹⁸² ello hace que al no ser titular del derecho lesionado, no está legitimada para hacer una reclamación respecto a una indemnización, que a tenor del Art. 115 Pn, se está refiriendo a los perjuicios causados por los daños materiales o morales ocasionados, no solo al agraviado, sino los que incurren sus familiares o a un

¹⁸⁰Ello implica que no se está refiriendo en ese derecho subjetivo de accionar para iniciar el proceso de forma antojadizo, sino a un interés sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual. Es sustancial y concreto por cuanto debe existir en cada caso especial, respecto de una determinada relación jurídica material y es atinente a las peticiones formuladas en determinada demanda por una o varias personas individualizadas. Debe ser actual, porque si no existe en el momento en que se constituye la litis, no se justifica que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la relación jurídica sustancial o del derecho pretendido. Las simples expectativas o los eventuales y futuros derechos o perjudicados que pueden llegar a existir si sucede algún hecho incierto no otorgan interés serio y actual para su declaración judicial, puesto que no se hallan objetivamente tutelados; así por ejemplo, no existirá interés actual, sino simple expectativa futura, en el caso de que un hijo demande para que se declare que el día que su padre muera, será heredero de éste; aquí no existe interés serio y actual, si tanto el hecho del que puede originarse el derecho y la obligación, como estos mismos en el caso de que aquel suceda, son eventuales o inciertos o si se trata de simples expectativas que el derecho objetivo no tutela. HERNANDO, Devis Echandia, *“Compendio de derecho procesal”*, tomo I, editorial ABC, Bogotá, 1985, pp. 254, 256 y 257).

¹⁸¹Art.67 CPCYM, “En los procesos civiles y mercantiles será preceptiva la comparecencia por medio de procurador, que habrá de recaer en un abogado de la República, sin cuyo concurso no se le dará trámite al proceso”. Art. Art.69 CPCYM. El poder se entenderá general....Sin embargo se requerirá poder especial en los casos en que así lo exijan las leyes...”

¹⁸²El Art. 105 No. 4) PrPn, refiere que se considera víctima las asociaciones en aquellos delitos que afecten interés colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses.

tercero. Aunque nada escapa que dentro de su pretensión busque que el autor del hecho ilícito cometido, se vea obligado a reparar los daños causados a la colectividad, así por ejemplo, en el daño al medio ambiente, a que se hagan obras de mitigación que favorezcan o mejoren ese medio ambiente.

Alberto Binder, refiere que el actor civil “es la persona que lleva adelante los intereses civiles en el proceso penal y que ejerce la acción civil contra el imputado o contra quien sea. Se ha comprobado que constituye un buen servicio para los ciudadanos quienes, de otro modo, se verían obligados a repetir sus acciones. Frecuentemente el juicio penal versa casi sobre las mismas pruebas que el juicio civil correspondiente. Por lo tanto, creo que la incorporación de la acción civil dentro del juicio penal resulta conveniente”¹⁸³. En otras palabras, es aquel que ejercita la acción civil dentro del proceso penal.

En los delitos de acción pública, será actor civil la Fiscalía General de la República, en aquellos casos en los que intervenga, dado que está obligada a ejercitar la acción civil junto con la penal. También será actor civil el acusador particular, que representa los intereses de la víctima. De igual forma pueden ser actores civiles los herederos de la víctima, tomando en cuenta que en materia de responsabilidad civil, esta no tiene un carácter estrictamente personal como sucede en el orden penal; lo que implica que una vez dictada una sentencia condenatoria de responsabilidad penal y civil, se grava el patrimonio del condenado, lo que permite que ese heredero pueden acceder a reclamar esa responsabilidad civil, previo a esa declaratoria.¹⁸⁴

De ahí surge una problemática, en el sentido que la regla general es que en los delitos de acción pública, la parte Fiscal promueve en sede penal, ambas acciones, penal y civil. No obstante ello, puede la víctima intervenir a través del Querellante, no solo en su actuar penal, sino también civilmente. A la vez la víctima, por separado puede constituirse como actor civil para hacer esa reclamación en el orden civil. El problema en cuanto al querellante, es que quien se constituye para

¹⁸³BINDER, Alberto, *“Introducción al Derecho Procesal Penal”*, segunda Edición, Editorial AD-HOC S.R.L. Argentina, año 2002, p. 330.

¹⁸⁴Art. 952 Código Civil, “Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto. El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos colones, cuarenta fanegas de trigo”.

querellar a consecuencia de un ilícito penal y consecuentemente mantiene esa calidad, a pesar que intervenga civilmente, en este caso no se le podría tener como actor civil, ya que el mandato no es para ello¹⁸⁵.

Esto implica que el actor civil, para ser considerado como tal, no requiere que siempre sea la persona afectada directamente y por ello el legislador la menciona como “damnificada”¹⁸⁶, para dar oportunidad a otras personas con vínculos de parentesco cercano a que actúen en esa condición, es decir que instada la acción penal y civil, puede solicitar que lo tengan como parte, previo reunir los requisitos exigidos por la ley. Ello a la luz de lo expresado en la parte quinta del Art. 120 PrPn, que señala que al encontrarse en presencia de varios damnificados que pretendan constituirse como actores civiles, lo pueden hacer separadamente o en conjunto, salvo que representen un solo derecho, donde deberán nombrar a uno que represente a todos ellos.

El Art. 43 PrPn, regula que la acción civil puede instarse juntamente con la penal, ello provoca que en los delitos de acción pública, sea por regla general el Fiscal quien ejerza como sujeto procesal de actor civil, dado que la víctima o damnificado no tiene los medios económicos para contratar un Abogado, lo que implica preguntarse desde que momento debe constituirse como tal. Al respecto señala que el Art. 294 PrPn, relacionado al requerimiento Fiscal, no obliga a los Fiscales a constituirse como actor civil, sino que le exige ser diligente en su actuar desde un inicio del proceso, en el sentido que haga las peticiones pertinentes para el ejercicio de la acción civil y que a futuro al momento de resolver el fondo del asunto, se tengan los bienes disponibles para hacerla efectiva, por lo que deberá pronunciarse por el secuestro o resguardo de bienes del acusado o del civilmente responsable y gestionar diligencias útiles que ayuden a probar y fijar una cuantía respecto a los daños morales o materiales, lo que en parte en un grado de igualdad y de defensa, el responsable civil que será el sujeto imputado y el damnificado civil, tomaran en cuenta para ejercer la defensa y en su momento ofrecer la prueba que contrarreste la de cargo en el ámbito civil.

¹⁸⁵ Los Art. 1875 y 1876 del Código Civil, al referirse al “Mandato”, dice que éste es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante y la que lo acepta, apoderado, procurador y generalmente, mandatario.

¹⁸⁶ Según lo dispone el Art. 119 PrPn, dignificado es una persona afectada por un hecho punible, a quien le corresponde el ejercicio de la acción civil, pero para su actuar debe hacerlo como actor civil.

Sin embargo, el legislador ha establecido dos momentos en que el actor civil debe promover que se le tenga como tal, el primero veinticuatro horas antes de la audiencia inicial cuando sea en sede de Paz; y el segundo, dentro de la etapa de instrucción ante el Juez Instructor, pero hasta por lo menos quince días continuos antes del vencimiento del plazo de instrucción, teniéndose como parte procesal en audiencia preliminar¹⁸⁷; equiparándose esa solicitud a una demanda de las que se tramitan en la jurisdicción civil¹⁸⁸, la que debe ponerse en conocimiento de la defensa material y técnica.

Sin embargo, es cuestionable, que el legisferante determine al Fiscal que deberá presentar acusación, hasta cinco días después de concluida la instrucción; pero no exige que también lo haga el actor civil dentro de ese plazo, lo que en un derecho de igual y defensa, también debe exigirse al actor civil presente la demanda en ese término, con alguna advertencia de declararse inadmisibles si no se reúnen los requisitos establecidos en la ley¹⁸⁹.

Si eso es así, se deja en desventaja al demandado civil y al responsable civil, debido a que se limita ese plazo para contestar la pretensión, es decir que si el legislador ha establecido que después de precluido el plazo de instrucción, podrá proponer hasta cinco días después, la acusación respectiva, lo que implica que va implícita la demanda civil. Obsérvese que son solo cinco días, pero al corroborar el plazo para contestar la demanda en el procedimiento ordinario civil se le fija al demandado un plazo de veinte días para que la conteste¹⁹⁰; de igual forma si se halla en presencia de un procedimiento abreviado, se fijan cinco días para responder a la demanda presentada.

¹⁸⁷Art.300 PrPn Refiere que el Juez de Paz admitirá o rechazará no solo al actor civil, sino también al civilmente responsable, dictando si procediera medidas cautelares de resguardo de bienes del procesado o del civilmente responsable. Art.362 No. 13) PrPn, señala que dentro de la audiencia preliminar, el Juez instructor admitirá o rechazará la constitución de las partes civiles o ratificará su actuación como tales.

¹⁸⁸Se entiende que esa demanda debe reunir los requisitos mismos que establece el Art. 276 CPCYM, para el procedimiento común y Art. 418CPCYM, referente al procedimiento abreviado, ya que a tenor del Art. 120 Inc. 4to. PrPn, se hace mención, así “La solicitud de demanda civil...”

¹⁸⁹Así el Art. 278 CPCYM, establece que si la demanda fuera oscura o incumpliera las formalidades establecidas para su presentación en este código, el Juez prevendrá por una sola vez para que en un plazo no mayor de cinco días se subsanen; sino se cumple se declara inadmisibles la demanda; aunque queda a salvo el derecho para volverse a presentar; pero en sede penal, ya que el Art. 357PrPn., señala que presentada la acusación, el Juez dentro de las 24 horas pondrá a disposición de todas las partes las actuaciones y las evidencias para que sean consultadas en un plazo común de cinco días, finalizado éste se señalara audiencia preliminar en un plazo no menor de tres días ni mayor de quince días.

¹⁹⁰Art.283 CPCYM. Admitida la demanda, se emplaza a al o los demandados para que la contesten, dentro del plazo de veinte días siguientes.

Aunado a lo anterior, no hay regulación en la normativa penal, en el caso que el Fiscal solicite la aplicación de un criterio de oportunidad, la víctima queda en desventaja porque el caso queda sin ser sometido a juicio, no obstante tenerse claridad de estar ese sujeto involucrado en el hecho delictivo, donde ha existido un perjuicio material o moral hacia el sujeto pasivo, complicando más al haberse generado la acción en ambas materias.¹⁹¹

Se está claro en cuanto a la figura del querellante, a través de la cual el ofendido o su representante legal, promueve su pretensión punitiva y ofrece la prueba para sustentar su acusación, en este caso, sin que se diga se entiende que también ejerce la acción civil, salvo renuncie a ella; pero no le inhibe a que formule su pretensión bajo los requisitos exigidos en la demanda civil¹⁹².

Para nadie es desconocido el riesgo en que la víctima se ve sometida, cuando es el Fiscal el que ejerce ese papel de actor civil, esto debido a que la Fiscalía no tiene una especialización en materia de resarcimiento ni interés en ello, ya que en la realidad judicial, lo que les interesa es un resultado positivo, pero en lo concerniente al ámbito penal, lo cual provoca un ejercicio defectuoso en la pretensión civil.

Es innegable que el ente Fiscal de acuerdo al Art. 43 Pr.Pn, en los delitos de acción pública, debe promover tanto la acción penal como la acción civil ante el órgano jurisdiccional; es decir que debe tenersele como actor civil respecto a la materia civil y de esa forma se ve obligado a recolectar todo tipo de prueba relacionado a ello; exigencia que se determina desde el momento que presenta el requerimiento fiscal¹⁹³. Con mayor exigencia se hace cuando presenta en el Juzgado de Instrucción la respectiva acusación motivada, no solo penal, sino también de la acción civil, con amenaza de declararse inadmisibles sino lo hace¹⁹⁴. Responsabilidad que trasladada a sede de los Tribunales de sentencia, se ve más comprometida¹⁹⁵.

¹⁹¹Es de considerar esa desventaja hacia el actor civil, ya que con respecto a ella el Juez debe pronunciarse, expresando que en lo que respecta a la acción civil, se debe tener por no ejercida, a fin que se recurra ante los Tribunales civiles y no dedicarse a archivar el expediente, ya que también en materia penal se juega con la caducidad de la instancia y prescripción de la acción civil sino se ejerce.

¹⁹²El Art. 276 CPCYM, establece ciertos requisitos básicos para la admisión de la demanda, caso contrario se le declara inadmisibles.

¹⁹³Art.294 No. 5) PrPn Se obliga a la parte Fiscales a que cuando presente su requerimiento ante el Juez de Paz, haga la petición de lo que considere necesario para el ejercicio efectivo de la acción civil, que incluye diligencias útiles para probar los daños materiales o morales y el monto de la pretensión civil.

¹⁹⁴El Art. 356 PrPn, al regular los requisitos que debe contener la acusación, señala en su numeral 5) el ofrecimiento de la prueba no solo penal, sino civil, a fin que sea incorporada para la vista pública; asimismo

A la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República¹⁹⁶, no hay una norma expresa que obligue al agente auxiliar a que él luego de finalizado el juicio con una sentencia condenatoria en lo civil, se constituya siempre en esa calidad ante los juzgados civiles y mercantiles, a continuar con esa atribución con la cual dio inicio a la promoción del proceso penal¹⁹⁷; véase que en lo que respecta a la competencia, su artículo 2, lo enfoca a defender los intereses del Estado y de la sociedad, a dirigir la investigación de los hechos punibles y a determinar la participación punible de los sujetos acusados, promoviendo y ejerciendo en forma exclusiva la acción penal pública, de conformidad con la ley. Aunque dentro de sus atribuciones hay incipientes responsabilidades que deben ser desarrolladas por el legislador, ya que sobre ello se ve limitado¹⁹⁸, especialmente cuando dice que debe garantizar los derechos de las víctimas, pero más se orienta a materia penal, no a lo civil, obviando que la misma ley orgánica, señala que puede responder civil, penal y administrativamente, de sus actuaciones, ya sea por acción u omisión.

Si por mandato legal, en los delitos de acción pública el ente Fiscal debe promover la acción penal respecto a un determinado delito y al mismo tiempo la acción civil, éste se vuelve un actor civil, ya

obliga a que fije el monto de la reparación civil de los daños. El Art. 74 PrPn, obliga además al Fiscal, a que motive sus resoluciones, peticiones y acusaciones dentro de todas las audiencias que se realicen en el proceso.

¹⁹⁵Una problemática que se está presentando en los Tribunales de sentencia, es que el Fiscal a denegatoria que en audiencia preliminar el Juez instructor le hace de la admisibilidad de prueba ofrecida, caya y no recurre a través de revocatoria de esa decisión y ya en sede sentencia, por escrito o por vía incidental ya en el juicio, solicita se incorpore esa prueba no admitida; situación que genera un problema en perjuicio de la víctima o damnificado, ya que de acuerdo al Art. 462 Inc.2do. PrPn, las decisiones proveídas durante las audiencias orales, como es el caso de la audiencia preliminar y no estar de acuerdo, deberá pedir revocatoria de ella de forma verbal, caso contrario la decisión queda firme y ejecutoria bajo lo dispuesto en el Art.147PrPn; exigencia que con claridad se determina cuando el legislador plasmó en el Art. 366 Inc. 3ro. Pr.Pn, que en caso que la prueba que ofreció le fue indebidamente rechazada por el Juez instructor en audiencia preliminar y hubiera interpuesto revocatoria de ella, podrá solicitar al Tribunal de sentencia su admisión e incorporación; es decir que si no lo hizo en esa audiencia, su derecho a realizar esa petición, precluyó y por lo tanto es rechazada. Negligencia o ignorancia a la cual debe responder el Fiscal del caso, especialmente cuando la prueba rechazada, es básica para una condena civil.

¹⁹⁶Decreto Legislativo No. 1037, de fecha 27 de abril de 2006, publicado en el Diario oficial No. 95, Tomo 371, fechado el 25 de mayo de 2006

¹⁹⁷Es de considerar que si el legislador le dio facultades al ente Fiscal para promover ambas acciones, no se requiere exigencia de poderes dados por la víctima o damnificado para presentarse en estos Tribunales civiles y mercantiles, a seguir representando a estos, bastando con acreditarse como agente auxiliar del señor Fiscal General de la República, bajo lo dispuesto en el Art. 86 LOFGR, que señala que su personería se establecerá con la respectiva credencial en la que conste la delegación o comisión que se le haya asignado.

¹⁹⁸El Art. 18 de la LOFGR, genera atribuciones tales como: defender los intereses de la sociedad y del Estado; recabar las pruebas pertinentes para la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad de los indiciados, para fundar, en su caso, el ejercicio de la acción penal; promover el enjuiciamiento de los indiciados por delitos y faltas, ejerciendo la acción penal de oficio o a petición de parte, según la ley; representar a las víctimas, para garantizarles el goce de sus derechos.

que representa al damnificado del hecho punible, es decir a la víctima penal; entonces resulta interesante conocer si le es aplicable la normativa del Código Procesal Civil y Mercantil, para obligarse su comparecencia a los Tribunales en esa jurisdicción, cuando en sentencia definitiva los Tribunales de Sentencia o los Juzgados de Paz, que conocen del procedimiento sumario¹⁹⁹, resuelven condenar al sujeto activo en lo que respecta a la responsabilidad civil en concreto o en abstracto, lo anterior se afirma debido a que no hay base legal para que el Fiscal que conoció el caso, también se constituya en defensa del damnificado a pedir la ejecutoria de esa sentencia o en todo caso, a que se haga una liquidación, cuando hay una pena en abstracto y no solo se quede en la respuesta de punición penal, abandonando a la víctima penal tal como sucede actualmente.

Es de interpretar teleológicamente²⁰⁰ que cuando el legislador dictó la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, al establecer dentro de sus atribuciones en el Art. 18, literales f) y g), la de representar a las víctimas al ejercitar la acción penal para garantizar el goce de sus derechos, lo hizo también buscando involucrarla en lo concerniente a la ejecución de la condena civil en la jurisdicción civil y mercantil, cuando dentro de ese ejercicio ha instado ambas acciones, donde ésta última no debe abandonarse, tomando en cuenta que por lo general, las personas que sufren un daño como consecuencia del delito penal, son de escasos recursos económicos y lo que hace falta es su exigencia.

Los profesionales del derecho no ignoran la rigurosidad de los Juzgados Civiles y Mercantiles, en la exigencia de requisitos determinados por la misma ley adjetiva para poder intervenir como sujeto procesal, comenzando con la obligatoriedad de que el actuar se haga a través de un profesional del derecho con poder suficiente, ya sea general o especial, donde la oficiosidad ha quedado relegada,

¹⁹⁹Este procedimiento está referido a la competencia del Juez de Paz, regulado en el Art. 445PrPn, pero para delitos en flagrancia relacionados a la Conducción Temeraria; Hurto y Hurto Agravado; Robo y Robo Agravado; Tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego; y Posesión y Tenencia del inciso primero del Art. 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, cuyo procedimiento su sumarial, con un resultado final de una sentencia definitiva.

²⁰⁰ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio, en su obra "*Métodos de Interpretación Jurídica*" La interpretación teleológica, consiste en atribuir significado a una norma o a una clausula atendido a la finalidad del precepto o del pacto. Se busca el sentido de la norma, que va más allá del simple texto; exige encontrar la finalidad propuesta con su creación; hallar el propósito perseguido por la misma...En el caso de la ley, esos propósitos podrían ser: aseguramiento de la paz y la justa solución de los litigios; el equilibrio de una regulación en el sentido de prestar la máxima atención a los intereses que se hayan en juego; la protección de los bienes jurídicos y un procedimiento judicial justo". www.juridica.unam.mx, consultado 15 de febrero de 2013.

bajo el principio dispositivo, donde el actuar le corresponde al titular del derecho subjetivo en busca de una pretensión.

Claro está el poco interés que el Estado ha dado a la víctima damnificada de un ilícito penal en lo que respecta a la reclamación civil, debido a la falta de interés por hacer reformas legales para hacer efectivo ese goce de los derechos y obligando al fiscal a actuar en sede civil. O mientras eso no sucede debe hacerse una interpretación sistemática y conforme a la Constitución, bajo el principio del acceso a la justicia, lo cual no puede ser negado a la víctima, por ese desinterés del Estado; para ello es de partir de esa facultad legal que como ente Fiscal en un proceso penal puede instar ambas acciones hasta lograr la pretensión de una responsabilidad civil, lo que implica que si por mandato legal debe defender los intereses de la víctima penal, también debe hacerlo en el ámbito civil, porque no deja de ser un actor civil, que ha actuado excepcionalmente sin requerir un poder especial o general; que si bien, firme y ejecutoriada la sentencia se acabó el juicio penal, no quiere decir que lo hay respecto a la materia civil; en ese sentido basta que haya una acreditación de la designación en el caso penal para que no tenga obstáculo de rechazo in limini Litis en la jurisdicción civil²⁰¹.

La problemática se complica cuando se está en presencia de una víctima, que bajo la Ley de Protección a Víctimas y Testigo, goza de un régimen de protección y en ese sentido en el juicio penal y en todo el proceso, su nombre y demás generales que lo identifican es reservada, lo que implica que su acceso está restringido y por consiguiente su actuar en todo acto procesal se hace a través de un nombre clave, como decir el testigo “ESTRELLA”, “UNO”, etc., lo que hace difícil para el responsable civil o damnificado civil tener acceso a esa información para ejercer su defensa en los Tribunales civiles, especialmente cuando se quiere ejecutar la sentencia de mérito dictada o su respectiva liquidación para luego la ejecución forzosa, ya que no es de olvidar que esa víctima penal en cuestiones registrales y patrimoniales debe revelar esa identidad porque así lo exige la legislación en esa materia; de ahí es de preguntarse si hay un alargamiento de esa ley de protección de víctimas y testigos para seguir manteniendo esa reserva de la identidad del sujeto pasivo, dado que cualquier divulgación de sus datos da lugar a una sanción penal que oscila entre cuatro a ocho años de prisión, la cual puede aumentarse hasta una tercera parte del máximo si esa información fuere

²⁰¹El Art. 86 LOFGR, establece que los Agentes Auxiliares de la Fiscalía, acreditarán su personería en las actuaciones que realicen, con la respectiva credencial en la que conste la delegación o comisión que se le haya asignado.

revelada por un funcionario, empleado público, autoridad pública o agente de autoridad, o en todo caso si la persona protegida a raíz de esa revelación resultó lesionada o muerte.²⁰²

A lo anterior se agrega, que de acuerdo al Art. 117Pn, habrán personas exentas de responsabilidad penal, a pesar de ser la conducta típica y antijurídica; sin embargo, el legislador estableció en tres casos que no procede la absolución en cuanto a la responsabilidad civil, de la cual debe responder un tercer sujeto, que se vuelve demandado civil, así comprende:

a) El estado de necesidad de salvaguardar un bien jurídico, en cuyo favor fue precavido el mal, en proporción al beneficio recibido, el cual surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor, donde lo que se aprecia es el sacrificio del bien de menor valor; de igual forma sucede al estarse en presencia de dos bienes jurídicos en conflicto del mismo valor, pero por razones preventivas, disculpa a quien actual en dicha situación, todo ello bajo el principio de ponderación de intereses²⁰³.

b) en cuanto a los inimputables, donde quien responde civilmente y de manera subsidiaria es el responsable de ella; y,

c) Por último no responde civilmente quién actúa u omite en colisión de dos deberes que el mismo sujeto debe realizar, teniendo solamente la posibilidad de cumplir uno de ellos. Nótese que en el primer caso y último hay un señalamiento a un sujeto que fue el que realizó la conducta prohibida, pero que actuó favoreciendo a otro; ello hace que ese tercer sujeto se vea obligado a intervenir en el proceso, lo que requiere saber quién fue su salvador, ya que será contra él que enfilaran las baterías para reclamar todo daño o perjuicio cometido.

²⁰²La respuesta es que de la lectura de la referida ley, no hay cabida para habilitar que de esa forma reservada respecto a la víctima, el Fiscal se constituya a sede civil y mercantil en busca de una reclamación de orden civil, no es de olvidar que el Art. 115 Pn, en lo concerniente a las consecuencias civiles, habla de la restitución que se debe hacer de la misma cosa, quiere decir que hay que saber quién recibiera ese objeto, al cual en algún momento puede generarse una oposición de persona alguna que no fue oída en el juicio penal. También se habla de la indemnización a la víctima y su familia de los perjuicios causados de orden material o moral, lo que complica más, dado que se extiende esa protección ya no se extiende solo a la víctima penal, sino a su familia, la cual en cualquier momento puede exigir por separado una reclamación, de no haber sido tomada en cuenta. Esto hace necesario una reforma de ley, en busca de protección a esa víctima.

²⁰³Esto genera una problemática, porque aparecen civilmente tres sujetos procesales, comenzando con el imputado, que será inicialmente el civilmente responsable; el segundo, el actor civil que hace la reclamación de los perjuicios recibidos; y el tercero, que es el sujeto favorecido con el actuar del justiciado, al que le llamaremos el demandado civil, cuya intervención puede ser voluntaria o forzosa; así por ejemplo, al estarse en un incendio, donde el imputado destruye la puerta de la casa para ingresar y rescatar a la persona que se encuentra en su interior y luego es denunciado por el delito de daños agravado, podrá ser declarado no culpable penalmente; pero en lo concerniente a la responsabilidad civil, la reclamación no se hará al imputado, sino a esa persona que fue rescatada.

5.2.2. Civilmente responsable

Novedoso ha sido que en el vigente Código Procesal Penal, se ha establecido un capítulo, no solo para el actor civil, sino también para el civilmente responsable y el demandado civil, lo que no aparecía en la recién ley adjetiva derogada, relevancia que ha sido un avance en cuanto al señalamiento puntual de estos sujetos, que deben responder directamente o indirectamente por su actuación o la de otro con su patrimonio.

El civilmente responsable, no es más que el sujeto que debe de enfrentarse al actor civil, que puede ser el mismo procesado u otro que responda por el delito cometido por aquel y que de acuerdo al Código Penal debe responder por los daños y perjuicios que se hayan ocasionado producto del ilícito penal que dio lugar al proceso penal, estos no son más que los mencionados en la ley sustantiva²⁰⁴ comenzando con el responsable directo del hecho, entre los que se encuentran los autores, sean estos directos o coautores, autores mediatos, instigadores o cómplices necesarios o no necesarios.

Sin embargo, no solo estos sujetos serán civilmente responsables, ya que hay otros que por su mismo giro comercial se ven involucrados asumiendo el riesgo de la responsabilidad pecuniaria hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, que los obliga a responder civilmente. Aquí se encuentra ante un sujeto pasivo, que no puede ser más que una sociedad anónima cuyo giro es la celebración de contratos de seguro, el cual es la fuente de la obligación, siendo a ésta a la cual se refiere el Art. 116 Inc. 2do. Pn, que dice: “Las empresas que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias como consecuencia de un hecho previsto en la ley penal, serán responsables civilmente hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponde”.

²⁰⁴El Código Penal vigente, regula en el capítulo IV, lo concerniente a los sujetos que se ven involucrados como procesados, pudiendo ser estos los autores directos, en los que se incluyen los coautores, los autores mediatos, instigadores y cómplices, que se regulan en los Arts. del 32 al 37.

Importante es hacer mención que de acuerdo al Art. 5 Código de Comercio, las empresas de carácter lucrativo, son considerados como una cosa²⁰⁵ y por tal causa no pueden intervenir en ningún tipo de relación jurídica, lo cual es una excepción al referirse a este tipo de sociedades, que están vinculadas por una póliza de seguro, que a tenor del artículo 1344 Código de Comercio, señala que por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato.

Habrán casos donde al sujeto activo de un delito se excluye de responsabilidad penal, mas sin embargo en cuanto a la responsabilidad civil, se podría decir que también, ya que quien responde será otro, pero civilmente; así por ejemplo, en el caso del estado de necesidad, donde el sujeto activo, sin tener obligación legal, salva la vida de otro y a consecuencia de ello causa daños de índole patrimonial; en esta circunstancia el legislador sabedor que el actuar de ese sujeto no fue intencional, pero favoreció a otro, obliga a este último a que asuma esas consecuencias civiles en proporción del beneficio recibido.²⁰⁶

Otro caso será quien tenga bajo su responsabilidad a una persona que comete un ilícito penal, ya sea por acción u omisión y que se encuentre enajenado mental, con grave perturbación de la conciencia o que presente un desarrollo psíquico retardado o incompleto, es decir que sean inimputables. Otro caso, será cuando el sujeto activo del delito actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, donde quien deberá responder por las consecuencias civiles del delito, no será el que haya ejecutado el hecho, sino el que provocó la situación de no exigibilidad.

5.2.3. Demandado Civil

Es el tercero, sea persona natural o jurídica, que sin haber realizado u omitido la infracción al ordenamiento penal, responde con su patrimonio por el delito cometido por otra persona; así por ejemplo se tiene a los padres, tutores, curadores que tienen que responder por los daños ocasionados por los menores o mayores que por deficiencias causan un daño o cuando se trata de

²⁰⁵El Art. 553 del Código de Comercio, refiere que la empresa mercantil está constituida por un conjunto coordinado de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, con objeto de ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios.

²⁰⁶El legislador ha establecido tres causales, donde a pesar que se excluye al imputado de responsabilidad penal, no se extingue la responsabilidad civil, y estos son los mencionados en el Art. 27 Nos. 3), 4 y 5) Pn. El primero referido al estado de necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno. El segundo al encontrarse que el hechor es inimputable. Y el último, relacionado al actuar u omitir bajo la no exigibilidad de otra conducta.

sus subordinados que causan daño, lo que genera que también se enfrente al actor civil; por consiguiente, una vez constituido como tal en el procedimiento, tiene los mismos derechos a los que goza el justiciado, tal como se enuncia en el Art. 126 PrPn, que dice, el responsable o el demandado civil admitido como parte tendrá los mismos derechos y facultades que goza el imputado, respecto de la defensa de sus intereses civiles.

Novedoso ha sido, que tanto al sujeto que se considere civilmente responsable o demandado civil, puede ser sometido a una intervención forzosa dentro del proceso en cualquiera de esa calidad, una vez sea identificado y se ha ejercido la acción civil y en ese sentido en respeto al derecho de audiencia se emplaza para que responda sobre esa reclamación y se muestre parte, debiendo realizarse este acto de comunicación de manera personal, con clara advertencia que de no hacerlo, se declarará rebelde y el procedimiento continúa; sin embargo, tanto el actor civil como el acusado se podrán oponer a ese nombramiento, salvo cuando este último haya sido quien solicitó ese emplazamiento.

Es de tener claro que al hacerse alusión a la declaratoria de rebeldía, el legislador no se refirió a la que se dicta por el ilícito penal, regulado en el Art. 86 PrPn, sino a la rebeldía en materia civil²⁰⁷, que difieren cuanto a que en la primera, una vez declarada, se archiva el proceso, mientras que en la segunda, sino no comparece al llamado judicial, se le declara rebelde, continúa el procedimiento y en adelante no se le harán más notificaciones, salvo la sentencia definitiva.²⁰⁸

Es innegable los avances de la participación de la víctima dentro del proceso penal y su participación activa, que mejoraron sustancialmente a partir del 01 de enero del 2011, con la entrada en vigencia

²⁰⁷Lo importante de ello, es esa declaración de rebeldía, en razón que en materia penal, sino comparece el imputado a la vista pública, esta no se puede realizar; sin embargo, el legislador determinó en el Art. 88 PrPn, que si iniciado el juicio, y se ha iniciado la fase de prueba y el imputado se ausenta de la sala o no comparece luego, por ejemplo de un receso o suspensión de la misma, proceso continua su marcha hasta el fin, obviándose de esa forma esa declaratoria de rebeldía.

²⁰⁸Art. 287 CPCYM “La falta de personamiento del demandado en el plazo otorgado al efecto producirá su declaración de rebeldía, pero no impedirá la continuación del proceso, sin que deba entenderse su ausencia como allanamiento o reconocimiento de hechos”. Art. 131 CPCYM “La resolución que declare la rebeldía, se notificará al demandado y en adelante no se le hará ninguna otra notificación, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso”. Aunque es de considerar si no hay una desigualdad, ya que si en materia penal se dicta una rebeldía, si bien se continúa con la instrucción, al acusado no se le somete a juicio, sino que se archiva hasta que lo capturen, siguiéndose las reglas de la prescripción, según lo dispuesto en el Art. 36PrPn, lo que no sucede con el responsable civil o demandado civil, debido a que la rebeldía, no interrumpe la acción civil y por consiguiente se llega hasta la sentencia definitiva.

de la nueva normativa adjetiva penal,²⁰⁹ al introducirse los principios de la dignidad humana y de acceso a la justicia, donde hoy se incluye a la víctima, a fin de que sea tratada con el debido respeto a su dignidad humana, especialmente en lo relativo a su autonomía personal e integridad física y moral, obligándose al Estado a garantizar el acceso a la administración de justicia, para poder intervenir en todo el procedimiento, que incluye su derecho al ofrecimiento de prueba²¹⁰, así como a gozar de las medidas previstas en los regímenes de protección que sean aplicables, lo que es de relevancia para proteger su vida, su integridad física y moral, como también la de su familia y así evitar impunidad, dado que por el auge delincencial que vive El Salvador, las víctimas se niegan a colaborar con el ente Fiscal.

En protección a la víctima, el legislador ha establecido, que en caso la Fiscalía no acuse, puede hacerlo ella a través de la figura del querellante, quien puede irse a juicio con solo su acusación presentada²¹¹; e incluso en caso de archivo de la investigación, previo a su reclamación al Fiscales, podrá solicitar que la acción pública se convierta en acción privada, para sí, ella continuar la acción penal conforme al procedimiento de acción privada.

Valioso es mencionar que bajo la figura del actor, del civilmente responsable y del demandado civil, se busca garantizar a la víctima su acceso a la justicia, ya que hay un replanteamiento en el ejercicio de la pretensión resarcitoria, en razón que el sujeto activo de un delito penal y demandado civil pueden ser sujetos diferentes y de ahí la obligación de constituirse dentro del proceso como actor civil a través de su respectiva solicitud, reuniéndose los requisitos que la misma ley adjetiva establece o en todo caso obligando a su constitución de manera forzosa dentro del desarrollo del proceso penal.

5.2.4. Terceros incidentales en el proceso penal

En ocasiones, deben ser oídas, las peticiones de personas que no han participado en la ejecución del delito ni tienen relación con los sujetos activos de la infracción o en otros términos no deben responder civilmente por el daño; esto ocurre, cuando se afectan con ciertas medidas los objetos

²⁰⁹Publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo No. 382, de fecha 30 de enero del 2009.

²¹⁰Novedoso ha sido que hoy a la víctima se le escucha primero antes de tomar una decisión que favorezca al acusado, pudiendo impugnar cualquier decisión que le genere agravio e inclusive podrá ofrecer prueba en las etapas procesales, con la finalidad de tener éxito en su pretensión, no solo penal, sino también civil, Art. 106 PrPn.

²¹¹Art. 363 Inc. 3ro. PrPn Si el juicio se abre solo por la acusación del querellante, igualmente el Fiscales podrá intervenir en la vista pública. Art. 355 PrPn, el Fiscal y el querellante podrán proponer hasta cinco días después de concluida la instrucción, la respectiva acusación.

que han servido de instrumento para la comisión del delito que provienen de su ejecución, y resultan ser bienes de personas totalmente ajenas al comportamiento ilícito o/a responsabilidad derivada de ese comportamiento.

Resulta básico aclararlo por las consecuencias posteriores de su reclamación y una posible indemnización a que se vea sometida la autoridad judicial sino tiene celo en eso. Véase que el Art. 127 Pn, en lo referente al comiso, dice que los instrumentos u objetos de los que se valió el condenado para realizar la conducta prohibida por el legislador, deberán ser declarados en comiso, a favor del Estado; pero este procede solo cuando los objetos o instrumentos sean propiedad del condenado o estén en su poder, sin que medie reclamo de tercero²¹², así por ejemplo en un caso de un delito de Posesión y Tenencia de droga, donde se transporta el imputado en un vehículo automotor, es interceptado y capturado secuestrándole la droga y por consiguiente el automotor, sin ser éste su propietario y no se ha probado ninguna relación nexa-causal en el delito investigado.

En estos casos, haciendo uso del derecho de petición o con base en un incidente, debe el funcionario resolver lo que sea pertinente a las pretensiones que se propongan para desafectar dichos bienes, reconociendo que no existe ninguna finalidad en retenerlos o afectarlos durante el proceso; sin embargo, ha de tenerse especial cuidado desde un inicio de hacer los emplazamientos en legal forma al responsable civil o al demandado civil para que al final no se afecte a la víctima ni el juzgador responda por daños y perjuicios.

²¹²En la práctica judicial, para evitar este tipo de problemas con afectación patrimonial a otras personas que no han tenido relación con el hecho ilícito cometido, es que se previene al ente Fiscales que exprese si el propietario de ese objeto, será sometido al procedimiento penal en cualquiera de sus participaciones, con la advertencia que de no hacerse, no procederá ese comiso y se entregara a quien reclame su derecho.

CAPÍTULO III

EFFECTIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN ABSTRACTO EN LA SENTENCIA DEFINITIVA PENAL

SUMARIO: 1. Teoría del Caso; 2. La Pretensión Civil; 3. La Prueba; 3.1. Principios que rigen la prueba; 3.2. Objeto de la Prueba; 4. La Sentencia; 4.1. Generalidades; 4.2. La Sentencia civil en abstracto; 4.3. La Fundamentación de la Sentencia; 4.3.1. Argumentar; 4.3.2. Motivar; 4.3.3. La Fundamentación; 4.3.3.1. La Fundamentación descriptiva; 4.3.3.2. La Fundamentación fáctica; 4.3.3.3. La Fundamentación analítica; 4.3.3.4. La fundamentación jurídica; 4.3.3.5. Leyes del pensamiento; 5. La Ejecución Forzosa; 6. Liquidación de daños y perjuicios.

1. TEORIA DEL CASO

Es el esbozo que cada una de las partes sea fiscal, defensor, demandante o demandado, presenta sobre los hechos sometidos a conocimiento del Órgano Jurisdiccional en cuanto a: cómo sucedieron, dónde se realizaron y aplicación del derecho que respalda esa teoría, para lograr una pretensión satisfactoria basada en las pruebas y argumentos que presentan, la cual se construye con la información que se tiene sobre los hechos y las pruebas que sustentan la pretensión y el derecho, las que se encuentran vinculadas entre sí y que son básicas para la formulación de hipótesis adecuadas con sustento probatorio, a las que atenderá el Juez de la causa²¹³, ya que ella se encuentra en relación con el enjuiciamiento, la fundamentación y la congruencia de la sentencia.

Su ventaja, es que planifica y organiza mejor la orientación del caso, con un rumbo determinado a dónde dirigirse, optimizando la búsqueda de información que facilita la preparación adecuada para el momento del juicio, que servirá durante todo el desarrollo de la instrucción hasta la fase plenaria que es donde se definirá el conflicto jurídico que dio lugar al caso, que al tratarse en el orden penal, el fiscal y el querellante han de incluir en su dictamen la relación circunstanciada de los hechos, con

²¹³BATTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio “*Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*”, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2005, pág. 95, sostiene que “La teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista. Siendo el juicio penal ineludiblemente un asunto de versiones en competencia. Calderón parece ser el poeta de moda: todo depende del color del cristal con que se mira. Hay que ofrecerle al Tribunal ese cristal. La teoría del caso es un ángulo desde el cual ve toda la prueba; un sillón cómodo y mullido desde el cual apreciar la información que el juicio arroja, en términos tales que si el Tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo.”

expresión, del lugar, año, mes, día y hora en que hubiese sido ejecutado el hecho a someter a juicio, de tal forma ha de contener una descripción concreta, clara y preciso de los mismos que constituye el objeto de la acusación, que está vinculado al derecho de defensa, ya que se conoce con detalle el contenido de la acusación.²¹⁴

Al tenor de los artículo 356 y 119 PrPn-, es imperativo que al momento de presentarse una acusación en el ámbito penal, también debe fijarse una teoría del caso relacionada al orden civil, que no debe ser la misma que la penal, ya que ambos tienen pretensiones diferentes en cuanto al objeto a probar y la prueba misma apartada para ello, así por ejemplo, en un delito de homicidio, en el ámbito penal se probara la existencia de la persona fallecida y de un sujeto responsable del mismo, lo cual debe estar unido en una relación causal, lo que implica probanza como peritajes de autopsia, reconocimiento de cadáver, inspección, prueba testimonial y que al final podrá concluirse en una sanción penal de 10 años de prisión.

Lo que no sucede en el orden civil, ya que el objeto de la pretensión no es determinar la muerte y el responsable, sino las consecuencias que dejó ese fallecimiento, lo cual debe probarse, y de ahí la exigencia que en la acusación se plasme el ofrecimiento de la prueba y el monto de la reclamación dineraria en lo concerniente a la responsabilidad civil, con advertencia de declararse la inadmisibilidad de no hacerse, ya que es básico para determinar el daño moral, lucro cesante y daño emergente.²¹⁵

Lo relevante de la teoría del caso es que tiene incidencia en que los hechos se adecuan al derecho, que obliga al Juzgador a fundamentar cualquier decisión que tome, con respeto al principio de congruencia, que es exigido para calificar adecuada y jurídicamente esos hechos, al que el Juez de forma oficiosa le está prohibido modificar, ya que al hacerlo estaría violentando derechos y garantías de los justiciados, tales como el principio de legalidad, tutela legal efectiva, derecho a un juicio justo, y defensa. Lo anterior impide que arbitrariamente el Juez modifique esos hechos sometidos a juicio, salvo que la ley se lo permita.

²¹⁴LOPEZ ORTEGA, Juan José, *Código Procesal Penal Comentado*". Obra colectiva Tomo II, sin número de edición. El Salvador, 2000, publicación de CSJ.AECI-PNUD, p.325.

²¹⁵Tratamiento desigual que se hace con el actor civil, ya que nada dice el legislador, si constituido el actor civil dentro del proceso penal, la omisión de prueba y el monto de la reclamación civil, ya que no obliga al Juez a realizar advertencia sobre ello, lo cual de estarse ante una autoridad judicial que no pone atención a ello, dará el paso para el juicio, con un resultado catastrófico a los interés de la víctima.

Lo anterior vuelve apreciable esa teoría del caso, ya que a través de ella, se genera una seguridad en la actuación de las partes, con conocimiento claro de la pretensión, su marco teórico-jurídico y las pruebas que respaldan lo pedido por las partes, desde el comienzo del proceso hasta su finalización, ya que identifica las debilidades y fortalezas de la parte contraria, ordena y clasifica la información del caso, realiza un análisis estratégico del mismo para el momento del juicio, adecua los hechos al derecho para ajustarlos al caso, selecciona la evidencia relevante, identifica la debilidad de las partes y detecta debilidades propias.

2. LA PRETENSION CIVIL

El cometimiento de un delito penal, trae aparejada una acción civil para la restitución, reparación e indemnización civil en la persona directa o indirectamente afectada, lo que da la pauta para que ambas acciones acumuladas heterogéneamente puedan promoverse en un solo proceso penal, aunque es viable, que el actor civil o demandante lo hagan en jurisdicciones separadas, tomando en cuenta que la pretensión para exigir la responsabilidad civil no deriva del delito, sino de los hechos en la medida en que sean constitutivos de un ilícito civil y causen resultados perjudiciales.²¹⁶

Para que pueda deducirse la pretensión civil en el proceso penal se precisan dos presupuestos: El primero, la existencia de un hecho típico que haya producido por lo general un daño material o moral, el cual en algunos casos no siempre se presentará. El segundo, que hace necesario que los daños producidos traigan causa directa e inmediata en el hecho típico que se juzga, lo que significa que no cualquier perjuicio relacionado con el hecho punible podrá fundar una pretensión civil ejercitable en el proceso penal.²¹⁷

²¹⁶GIMENO SENDRA, V. y otros, *“Los procesos Penales”*, Edición Bosch, Barcelona, 2000, p. 13, refiere que del delito no nace la acción civil, sino que, en su caso, lo que nace del delito es el derecho a interponer una pretensión civil.

²¹⁷Hablar de pretensión desde el punto penal, no es más que el acto de voluntad mediante el cual un particular, un funcionario público o el Estado en general pide la sanción o la medida de seguridad para un determinado imputado por razón de un hecho determinado; lo que varía en lo civil, ya que a la luz del Art. 98 CPCYM, será la declaratoria de la existencia o alcance de un derecho, la obligación o cualquier situación jurídica; la declaración de una condena al cumplimiento de una determinada prestación; la constitución, modificación o extinción de actos o situaciones jurídicas y la pretensión de ejecución de los títulos establecidos por la ley, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de protección expresamente prevista por la ley.

Dada esa unidad de acciones, aunque con pretensiones y fundamentos diferentes, la pretensión civil en puridad, presenta ciertas características que la distinguen de la penal, como es la contingencia o eventualidad, que a diferencia de la penal, su ejercicio en el proceso penal es posible, pero no necesario, ya que la pretensión penal puede llevarse a cabo de forma separada por el perjudicado, sin requerir la participación activa de la Fiscalía, para que de esa forma ejercite la acción civil correspondiente buscando una sentencia declarativa sobre esos daños y perjuicios.

El objeto del proceso son las pretensiones de las partes que se dirigen a la autoridad jurisdiccional para que sean discutidas dentro del mismo proceso y luego darle respuesta; las que en el orden penal difieren con la civil, a pesar de que se tramitan en una misma causa, dada las pretensiones que se plantean.

En materia penal, su objeto estará enmarcado en buscar el Acusador una sanción punitiva, la cual no depende de la voluntad de las partes, sino de un hecho determinado por el legislador como delito, con el involucramiento de uno o varios sujetos, que puedan responder por esa conducta prohibida, tras la práctica en el juicio de la prueba legalmente incorporada, donde el actuar del Acusador es oficioso, sin intervención de parte²¹⁸.

El objeto de la Litis en materia civil²¹⁹, está constituido por la responsabilidad extracontractual y es éste el límite que define la competencia y atribuciones del Juzgador penal, en su conocimiento de la acción civil, por lo que su existencia no depende de un hecho punible, sino que procede de la alteración del curso normal de los hechos, es decir, estriba de la existencia de un daño que se ha ocasionado.²²⁰

²¹⁸El Art.301 PrPn, refiere que la instrucción formal tendrá por objeto la preparación de la vista pública, mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación Fiscal o del querellante y preparar la defensa del imputado. Ello hace que en cuanto a la pretensión civil, debe hacerse una relación clara, precisa y circunstanciada y específica del hecho atribuido, ofreciendo la prueba para probar esa reclamación en juicio.

²¹⁹El Art. 90 CPCYM, refiere que las partes podrán solicitar al Juez, la mera declaración de la existencia o alcance de un derecho, obligación o cualquier otra situación jurídica; la declaración de condena al cumplimiento de una determinada prestación; así como la constitución, modificación o extinción de actos o situaciones jurídicas. También podrán pretender de la ejecución de lo dispuesto en los títulos establecidos por la ley, la adopción de medidas cautelares.

²²⁰Principio “alterum non laedem”, que supone que nadie tiene que soportar el daño de un tercero. Es decir, esta responsabilidad civil surge del daño ocasionado, independientemente de la culpa y por ello la necesidad que la pretensión debe fijarse con claridad.

En el proceso penal se genera la acumulación de objetos de manera heterogénea, donde el objeto civil es el que se acumula y se resuelve, dado que a consecuencia del mismo hecho punible, no solo se establece una pretensión punitiva, sino también una reclamación civil de indemnización o resarcimiento, todo con la finalidad de que en un mismo proceso se resuelvan ambas pretensiones sin generar un calvario de reclamación por separado de la responsabilidad civil en otra jurisdicción, como es la civil.

Sin embargo, el ente Acusador incurre en el error de querer sostener, que la misma prueba con la que pretende lograr una condena penal será la misma para la responsabilidad civil²²¹, aunque en algunos casos coincidirá, a pesar de ser pretensiones diferentes y de ahí su delimitación al momento de ofrecer la prueba para el juicio, lo que da lugar a que en el instante que el Juez incorpore y valore la prueba, deberá también remitirse al CPCYM, donde la pertinencia²²² y la utilización de la prueba serán determinante al momento del fallo en lo concerniente a la responsabilidad civil.²²³

De ahí la importancia que el ente Fiscal fije con precisión su pretensión en el ámbito civil desde el inicio del proceso al momento de presentar el respectivo requerimiento y con mucha más razón en su dictamen acusatorio, debiendo entender que necesariamente debe fundamentar fáctica y jurídicamente no solo lo concerniente al ámbito penal sino también en lo civil, para evitar arbitrariedades en la fijación del quantum monetaria de la responsabilidad civil por el Juzgador o en todo caso impunidad al dictarse una sentencia absolutoria.

²²¹Esto debido a que el legislador al separar la probanza de ambas pretensiones, exige por separado requisitos que deben llevar, así, el requerimiento Fiscal, en el Art. 294PrPn, acusación Fiscal, Art. 356PrPn y el actor civil, en el Art. 119PrPn.

²²²Los Arts. 318 y 319 CPCYM, dicen que no deberá admitirse ninguna prueba que no guarde relación con el objeto de la misma ni también aquella que según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comparar los hechos controvertidos.

²²³El principio de aportación de prueba regulado en el Art. 7 CPCYM, refiere que la proposición de la prueba corresponde exclusivamente a las partes o terceros, por lo que la actividad probatoria debe recaer exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes o por los que tienen calidad de terceros de conformidad a las disposiciones de este código, en su caso; en consecuencia el Juez no podrá tomar en consideración una prueba sobre hechos que no hubieran sido afirmados o discutidos por las partes o terceros.. Esto se cohesiona con el Art. 313 del mismo cuerpo legal, en cuanto establece que el objeto de la prueba, serán las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos. El Art. 317 CPCYM, obliga que la prueba deberá ser propuesta por las partes, exigiéndose la singularización del medio que habrá de ser utilizado, con la debida especificación de su contenido.

Aunque el legislador obliga a la parte Acusadora a fijar en su dictamen el monto de la respectiva reclamación civil²²⁴ para ser objeto de discusión y debate en el juicio, ello es de control del Juez Instructor para evitar una violación al derecho de defensa y a la seguridad jurídica²²⁵, aunque de manera excepcional habrán casos en que no se podrá determinar ese monto al momento del juicio²²⁶, donde el Acusador debe fundamentar y motivar las razones de hecho y de derecho del por qué la falta de esa cuantía dineraria.

Complicado se vuelve cuando el legislador refiere en el inciso último del Art. 356 PrPn, que el Fiscal o Acusador en su dictamen debe fijar el monto de la reparación civil de los daños, lo que a tenor del Art. 115 Pn²²⁷, se está refiriendo exclusivamente a esa reparación relacionada al precio de la cosa y la afección del agraviado, dejando fuera todo tipo de indemnización, sea material o moral. De interpretarse de esa forma no podría el Acusador o Fiscal hacer pronunciamiento sobre el resto de esas consecuencias civiles del delito, por consiguiente se vuelve necesario que estos sujetos fundamenten la pretensión civil bajo la sistematización de normas, para evitar que los Jueces no admitan la acusación con perjuicio hacia la víctima, bajo el argumento que el Art. 356 PrPn, no los obliga a pronunciarse.

En la realidad judicial salvadoreña, es evidente el desinterés Fiscal por probar la responsabilidad civil, lo que se pone de manifiesto desde el momento en que se presenta el requerimiento Fiscal como también al hacerlo en cuanto a la acusación respectiva²²⁸, ya que a pesar que se mantienen

²²⁴ Art.120 No. 7) PrPn, obliga al actor civil a que en su solicitud de constitución estime el monto del daño que reclama. Art. 294 No. 5) PrPn, en el requerimiento Fiscal, se deberá hacer peticiones al Juez sobre diligencias necesarias para probar los daños materiales o morales y el monto de la pretensión civil. Art.356 inciso último PrPn, dentro de los requisitos de la acusación, se fijará el monto de la reparación civil de los daños.

²²⁵ El derecho de defensa y la seguridad jurídica, se encuentran unidos entre sí, debido a que si se fija una cantidad de dinero que se reclama, no permite que el Juez traspase lo pedido, lo cual de antemano que el juicio se pone en conocimiento de la defensa para que sobre ese monto y la prueba que lo sustenta prepare su estrategia de defensa y no alegue luego en un recurso violación de algún de sus derecho.

²²⁶ Así por ejemplo en un delito de Homicidio Tentado, donde el sujeto pasivo se encuentra ingresado en el hospital en recuperación de las lesiones recibidas, con probabilidad de quedar cuadripléjico, cuyo monto económico para el pago de recuperación no se puede determinar en la etapa de instrucción y el juicio, mucho menos el daño emergencia y lucro cesante

²²⁷ Art.115Pn refiere que las consecuencias civiles del delito que serán declaradas en la sentencia comprende, 1) la restitución de la cosa; 2) la reparación del daño que se haya causado; 3) la indemnización material o moral por los perjuicios causados; y 4) las costas procesales.

²²⁸ Respecto al Juez de instrucción, su rol es básico y determinante en cuanto a la responsabilidad civil, ya que siendo la etapa de instrucción donde se recolecta la prueba para irse a vista pública, es quien la admite, bajo los principios de legalidad, pertinencia y utilidad; a ello se agrega que tiene decisión para admitir o rechazar al actor civil, como también que la acusación esté fundada en cuanto al ofrecimiento de la prueba civil a

ambas pretensiones, todo va encaminado a la probanza en lo penal, obviando que la ley exige la recolección de toda la prueba en la etapa de instrucción²²⁹ y así ofrecerla para la vista pública para probar las dos pretensiones.²³⁰

Adquiere relevancia en el juicio, la figura del Juez sentenciador por ser éste el que al final del proceso se pronuncia con respecto a la responsabilidad civil, ya sea en el juicio ordinario o sumario en su caso, basado en las pruebas relacionadas a este orden, donde al fijarse su cuantía económica en la sentencia definitiva, no refleja problema alguno; muy diferente se presenta en el caso que existiendo prueba, ésta no permite establecer con certeza los montos de la reclamación civil; en ese sentido, el legislador avaló que pueda dictarse una sentencia declarativa de condena civil en abstracto, para que posteriormente a la liquidación de esos daños y perjuicios, se ejecutaran en la jurisdicción civil²³¹.

Se puede afirmar que en diferentes Tribunales de Sentencia, Instrucción y Juzgados de Paz de San Salvador²³², se constató que en el requerimiento y acusación fiscal no hubo una fundamentación,

incorporarse en la vista pública, fijando un monto a reclamar de la reparación civil de los daños, con clara advertencia que de no hacerlo, toda la acusación se declara inadmisibles, lo que afecta moral y económicamente al damnificado que ha ejercido la acción civil, a través del actor civil.

²²⁹De acuerdo al Art. 174 PrPn, la finalidad de la prueba es llevar el conocimiento al Juez de los hechos o circunstancias objeto del debate, en lo concerniente a la probanza del ilícito penal y la responsabilidad tanto penal como civil del sujeto o sujetos involucrados en el mismo.

²³⁰El poco o nada interés de la fiscalía por fortalecer el área civil, se manifiesto, ya que se solo se trata de fortalecer el área penal, lo que incide la deficiencia al momento de querer probar una responsabilidad civil y de ahí su efecto negativo en la vista pública, sin que nadie le exija por su actuar una responsabilidad por daños y perjuicios, que a mi criterio se puede reclamar, ya que después de haber sido utilizada para la pretensión penal, luego de logrado y finalizado con una sentencia definitiva, no se acuerdan de esa víctima, a pesar que el fiscal está sabedor de que existe una sentencia declarativa sobre responsabilidad civil.

²³¹El Art.399 PrPn, que está referido a la condena, obliga al sentenciador a pronunciarse respecto a la responsabilidad civil o en todo caso a declararla en abstracto, cuando no se puede estimar el monto.

²³²Tribunal Primero de Sentencia, causa penal No. 38-1-2012, instruida contra Antonio Campos Funes, por el delito de Homicidio Agravado Tentado, en la vida de Rufino Rosales y Nelson Geovanny Rivera, se plasma la misma relación fáctica penal para sustentar la responsabilidad civil; el resultado fue absolutorio civil y penal. Tribunal Segundo de Sentencia, causa penal No. 208-1-2012, instruida contra Hugo Francisco Zetino Anaya, por el delito de Homicidio Imperfecto, en la vida de Miguel Alexander Vásquez García, se plasma la misma relación fáctica orientada a probar la parte penal y civil, con el resultado absolutorio. Tribunal Tercero de sentencia, causa penal No. 152-2011-1a, instruida contra el señor Edwin Rene Sánchez Canjura, por el delito de Homicidio Agravado en la vida de los señores Miguel Ángel Rubi Argueta y José Pedro Misael Rivas Navarrete, la misma relación fáctica orientada a la sanción penal se generó para la responsabilidad civil; el resultado fue absolutorio. Tribunal Cuarto de Sentencia, causa penal No. 199-1-2011, instruido contra Carlos Alberto Sosa Rivera, por el delito de Acoso Sexual, en XXX, se plasma la misma relación fáctica orientada a la sanción penal para sustentar la responsabilidad civil, con resultado de una condena civil en abstracto, a pesar de haber sido condenado a 3 años de prisión. Tribunal Quinto de sentencia, causa penal No. 196-1-2011, instruida contra Pedro Enrique Rodríguez Molina y otro, por el delito de Agresión Sexual, en dos menores de

ofrecimiento probatorio ni determinación de la cuantía para establecer la responsabilidad civil, como también, el vínculo jurídico del responsable civil, los perjuicios de orden material o moral que se hubiere causado, los que quedan desatendidos, sin importar el resultado final del juicio.²³³

Aunque es innegable que hay Juzgados y Tribunales de Sentencia que buscan la manera de corregir esa irregularidad en que actúa en muchos casos el Fiscal al tratar de llevar el caso a juicio sin cumplir los requisitos legales referidos en el párrafo que antecede y de esa manera garantizar mínimamente los derechos de la víctima; sin embargo, se quedan cortos en cuanto a resolver la situación de la responsabilidad civil, ya que en la mayoría de causas penales lo que hacen es señalar fecha de vista pública y enviar el caso a juicio de manera automática, sin decir nada respecto a esa responsabilidad, mientras que otros jueces, ya recibido el expediente corroboran la falta de prueba en el orden civil y ahí resuelven que se tiene por no ejercida la acción civil y señalan fecha de vista pública solo para conocer en lo penal.²³⁴

3. LA PRUEBA

La prueba es un aspecto fundamental del Derecho porque es su conexión con la realidad, por lo que probar vale tanto como procurar la demostración de que un hecho dado ha existido y ha concurrido de un determinado modo y no de otro. De ahí que buscar la verdad, persigue tener un conocimiento completo de las cosas sobre las cuales deberá aplicarse una norma jurídica, pero como el absoluto

edad; se plasma el mismo cuadro fáctico para ser probado tanto penal como civil. Se condena civil en abstracto y a 10 años de prisión en lo penal.

²³³Es de señalar que en esa vivencia judicial, existe el poco interés de los jueces que laboran en el área penal por capacitarse de forma personal sobre esta materia, bajo distintos argumentos, como son: que no tienen tiempo para capacitarse; que ellos son penalistas, no civilistas, que ello los hace incurrir en gastos económicos, ya que capacitación le corresponde darla al Consejo Nacional de Judicatura, lo que es un criterio que perjudica el buen desempeño de la judicatura, ya que un mejor Juez habrá mejor administración de justicia retributiva.

²³⁴El problema de la responsabilidad civil es muy complejo por diferentes factores que inciden al momento de impartir justicia en los tribunales, comenzando por la formación profesional de los abogados en esta materia que ingresan a la judicatura, que por lo general no hacen por mérito o concurso, salvo el llamamiento que hubo para la creación de los nuevos jueces civiles y mercantiles, que es muy limitado a comparación del resto de juzgados, que en su mayoría trabajan más en el área penal, que lo civil. A ello se agrega la poca importancia que se le da en la formación civil a los actuales jueces penales que tiene relación con la responsabilidad civil al momento de dictar una sentencia definitiva, sean estos jueces de Paz, de Menores y de Sentencia, bajo el argumento que es más importante la actualización en el área penal, ya que poco o nada se tiene que ver con lo civil. Posición que no se comparte, dado que la misma ley procesal penal permite al acusar que pueda promover ambas acciones con pretensiones diferentes dentro del mismo proceso penal, lo que a partir de momento lo vuelve un Juez civil, con competencia objetiva suficiente para afectar el patrimonio de una persona, ya que las consecuencias penales van más allá que una simple sanción de condena penal. Con un agregado como es la falta de un estudio real de como afectó a la víctima, que el Juez penal se desatendiera por ley para la liquidar o ejecutar la sentencia declarativa que él mismo dictó respecto a la responsabilidad civil, tal como existía en la normativa procesal ya derogada de 1973 y vigente hasta en abril de 1998, .

es imposible para el hombre, lo probado será siempre un mero acercamiento a la verdad sin llegar nunca al conocimiento total del hecho; de ahí que, la prueba es una verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos de prueba de que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y en cumplimiento a ciertas garantías.²³⁵

En El Salvador, el ente Acusador en materia penal ha ejercido una práctica, que en el requerimiento fiscal o dictamen de acusación ofrezca la misma prueba para establecer las pretensiones de naturaleza penal y civil; sin embargo, al hacerlo brinda todo tipo de prueba, sin considerar su utilidad, legalidad y pertinencia, seguro que con ella además de establecer la pretensión penal, lo hará en el orden civil; no obstante existir ley expresa que lo obligada hacer esa separación y fundamentación por cada una de ellas, en cuanto que es lo que pretende probar con las afirmaciones o negaciones sobre los hechos controvertidos que son el fundamento de las pretensiones.

Sin embargo, los fines de probanza en esas pretensiones son diferentes, aunque reglan en ambas jurisdicciones los mismos principios que inspiran a un sistema acusatorio y que rigen la prueba, aunque en el orden civil con más tendencia a la escrituración; así, en el ámbito civil la actividad probatoria es una necesidad de las partes y no del Juez, ya que si se da una inercia probatoria o negligencia en la misma por alguna de las partes, al final habrá de afectarle la decisión. En cambio en el ambiente penal, es la sociedad misma la que reclama un resultado de condena y para ello es de hacer uso de todas las instituciones afines para lograr el fin propuesto. Además, en lo concerniente al área civil, existe un gran apego a la teoría del interés privado; en cambio en el ámbito penal, ese interés es de carácter público y por lo tanto incide en la estructura del proceso y por consiguiente en la prueba.

La prueba en general, es la actividad procesal de los sujetos procesales que pretende, mediante el cumplimiento de específicos requisitos de lugar, tiempo y forma y el respeto a determinados principios constitucionales y legales, convencer psicológicamente al Juez de la veracidad o falsedad de las

²³⁵DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *“Teoría General del Proceso”*, 3ª ed., Buenos Aires, Universidad, 2004, p. 28. Al referirse a la prueba se manifiesta que *“La prueba judicial puede entenderse como los argumentos o motivos que se desprenden de las fuentes o medios de conocimiento de los que hacen uso las partes o los intervinientes en el proceso para conformar la convicción del Juez sobre los hechos que son los presupuestos de sus intereses materiales perseguidos”*.

posiciones antitéticas de las partes, debiendo aquel decidir, de acuerdo con las reglas de la lógica y de la experiencia, sobre la exactitud y certeza de las afirmaciones de hecho efectuadas por aquellas. Como lo dice Casado Pérez, que es oportuna la definición que aporta Guasp, en el sentido que “*el acto o serie de actos procesales por lo que se trata de convencer al Juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo*”. Para mayor robustez vale citar a Prieto Castro, quien define como prueba: “la actividad que desarrollan las partes con el Tribunal para llevar al Juez la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a los efectos del proceso”.²³⁶

Además de los conceptos generales, es oportuno agregar la conceptualización de prueba en el ámbito procesal penal, al respecto Gimeno Sendra, entiende por prueba: “*la actividad de los sujetos procesales dirigida a obtener la convicción del Juez o Tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba*”.²³⁷

3.1. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PRUEBA

Dentro de todo proceso hay principios rectores y garantías procesales que rigen la práctica de la prueba al interior de un sistema procesal, básicas para ser tomadas en cuenta por los juzgadores al momento de tomar una decisión en respuesta a la pretensión de una de las partes, de los cuales ya Devis Echandía, hacía referencia y que se mantienen con mayor auge en países que conservan este mismo de sistema.²³⁸

3.1.1. Necesidad de la prueba. Para que se llegue a expedir la decisión judicial, se requiere que sea demostrada por las pruebas aportadas por las partes, o de manera facultativa por el Juez.

²³⁶CASADO PEREZ, José María, “*La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño*”, 1ª, ed. Editorial Lis, San Salvador, El Salvador, 2000, p.18.

²³⁷GIMENO SENDRA, “*Fundamentos del Derecho Procesal*”, 1ª. ed. Editorial Civitas, Madrid, 1981, Pág. 214.

²³⁸DEVIS ECHANDIA, Hernando, “*Compendio de Derecho Procesal*”, Tomo II, Editorial ABC, Bogotá 1978, pp. 13-26.

3.1.2. Comunidad de la prueba. También, se le conoce como principio de adquisición de las pruebas. Una vez admitido el medio probatorio ofrecido por las partes, ésta pertenece al proceso, no siendo posible el desistimiento, ni la renuncia de la prueba actuada, pues los medios probatorios pasan a ser de la comunidad de las partes.

3.1.3. Publicidad de la prueba. Las partes deben tener conocimiento del ofrecimiento de las pruebas, con el objeto de objetarlas, si fuera el caso. También, en otro sentido, se considera que este principio sustenta la motivación de la sentencia, pues los justiciables requieren conocer cómo se han valorado los medios probatorios.

3.1.4. Prohibición del Juez de aplicar el conocimiento privado. Está vedado que el Juez supla las pruebas con el conocimiento privado, personal o circunstancial que tenga de los hechos.

3.1.5. Contradicción de la prueba. Es la aplicación del principio procesal de la contradicción. Cada parte tiene la oportunidad de conocer y discutir las pruebas ofrecidas de la contraparte.

3.1.6. Libertad probatoria, a través de ésta se permite que los hechos y circunstancias que tienen relación con el delito, con el responsable penal y civilmente y el daño civil ocasionado, puede probarse por cualquier medio de prueba, obtenida legalmente y su incorporación sea permitida por la misma ley adjetiva²³⁹.

3.1.7. Principio de Inmediación: la inmediación es el contacto directo del Juez con las partes y con los medios de prueba, al momento del juicio.

²³⁹El Art. 372 PrPn, establece que solo pueden ser incorporados al juicio por su lectura; 1) Los actos urgentes de comprobación, practicados conforme a las reglas de este código; 2) Los testimonios que se hayan recibido como anticipo de prueba; 3) Las declaraciones o dictámenes producidos por comisión o informes, cuando el acto se haya producido por escrito, conforme lo previsto por este caso; 4) Las declaraciones de coimputados rebeldes o ya sentenciados; 5) Los reconocimientos, la denuncia, la prueba documental o de informes realizados conforme a la ley. El Art. 287 PrPn, permite que el acta de devolución de un objeto se incorpore a la vista pública. Es de tomarse en cuenta que la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, está siendo rigurosa en que solo se incorpore y valore la prueba que legalmente está permitida por la ley, excluyendo las diligencias iniciales de investigación, Art. 270 PrPn, por no ser prueba a valorar por el sentenciador y no reunir los mínimos requisitos de prueba documental, bajo lo dispuesto en el Art. 244 PrPn, su regulación conforme a la ley de la materia, que en este caso es el CPCYM. Un error en que incurrir en el ofrecimiento de prueba, es que se ofertan actas de entrevistas, que de acuerdo al Art. 311 PrPn, no tienen ningún valor para probar los hechos que han sido sometidos a juicio.

3.1.8. Principio de concentración: lo que implica que toda práctica de prueba ha de concentrarse por lo general en una sola etapa, siendo en el momento oportuno para ello, en el momento del juicio.

3.1.9. Principio de no oficiosidad de la prueba. En un sistema entre partes que se encuentran en conflicto, el Juez se vuelve un sujeto neutral, bajo la imparcialidad que le asiste, por lo que la aportación de prueba corresponderá a ellos, siempre y cuando lo hagan en las etapas procesales ya establecidas en la ley, caso contrario se desechan atendiendo al principio de preclusión. No obstante opera en ambas jurisdicciones, la prueba para mejor proveer, cuando en el curso de la audiencia surjan nuevos hechos que requieran su esclarecimiento.²⁴⁰

3.1.10. Principio de Oralidad. Dentro de un sistema procesal acusatorio, la oralidad es la manera como debe recibirse un testimonio basado en el interrogatorio y contrainterrogatorio, atendiendo a esa inmediación y contradicción de la prueba; aunque al momento del juicio, se puede incorporar una prueba testimonial anticipada, que no ha sido mediada por el Juez sentenciador; sin embargo, su incorporación es válida, tomando en cuenta que se ha realizado bajo la inmediación de un Juez respetando todas las formalidades para ello. Aunque a nadie escapa, que tanto en el ámbito penal como civil, hay prueba documental o pericial que se incorpora por su mención al permitirlo la misma ley adjetiva.

3.2. OBJETO DE LA PRUEBA

Es aquello sobre lo que el Juez debe adquirir el conocimiento necesario para resolver la cuestión sometida a su examen, o sea, el objeto está enmarcado en que es lo que hay que determinar en el proceso.

²⁴⁰Sin embargo, en lo que respecta al Juez instructor penal, en el Art. 358 No. 10) PrPn, se le ha permitido que en audiencia preliminar pueda requerir algún anticipo de prueba a ese momento para ser incorporados en el juicio, lo cual se presta a arbitrariedades o a que se rompa la imparcialidad, por ser el quien lo motiva a su presentación y no las partes. Puntualmente es de señalar que en el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador, se obtiene información de testigos o peritos producto de las preguntas oficiosas que hacen, sin que las partes lo hayan hecho u omitido al momento del interrogatorio, lo que en su imparcialidad que señalan los Art. 172 Cn y 3 PrPn, ello no es permitido ni se justifica como lo expresan en el sentido que la ley se los habilita; lo cual ha sido mal interpretado, ya que lo que dice el Art. 209 Inc. 4to.PrPn, es que el Juez podrá interrogar, para efectos aclaratorios, con las limitaciones que el deber de imparcialidad le impone. Con más claridad se expresa el CPCYM, en su Art. 379, cuando hace alusión a este tipo de preguntas, pero con esas limitaciones que el deber de imparcialidad les impone, con un novedoso agregado, que las partes podrán objetar al Juez esas preguntas que haga, lo que en algún momento incomoda al Juzgador, al considerar que él es el Juez y que dirige la vista pública.

Sin embargo, ese objeto a probar es el que hace la diferencia de la prueba en el ámbito penal y en el civil, ya que en lo concerniente al primero, lo que se busca o pretende es probar la existencia de un hecho descrito en la ley sustantiva como ilícito penal y quien o quienes son los responsable de su cometimiento. En cambio en lo civil, es probar las afirmaciones o versiones contenidas en la demanda.²⁴¹

3.2.1. Hechos

En materia civil, ese objeto de prueba estará enmarcado, en los hechos, en la costumbre y en el derecho extranjero, lo cual se regla en el Art. 313 CPCYM. En cuanto a los hechos, que son el campo medular en discusión, es de analizarlo, bajo la admisión en el proceso de hechos del conocimiento privado del Juzgador, los hechos confesados y los hechos notarios.

Al referirse al conocimiento privado del Juzgador, es de advertir que como ser humano, es prácticamente imposible prohibirle pensar y aportar sus pensamiento al proceso judicial; así, por ejemplo: cuando participa en una inspección de lugar, tiene una apreciación mejor que ver ese mismo lugar a través de un álbum fotográfico, lo que implica que no se puede apartar de lo que su pensamiento y conocimiento privado absorbió y que le habilita a expresarse; lo relevante de ello, es que ese acto se encuentra conectado a su quehacer como Juez que lo habilita en manifestarse sobre ese acto procesal. Muy diferente será, cuando el Juez hace uso en todo caso de su conocimiento privado para expresarse, puede ser así, no actúa como Juez, sino como un testigo.

Respecto a los hechos confesados, en materia penal se regula bajo la confesión extrajudicial y la confesión judicial, que en algunos casos favorecen al acusado²⁴².

²⁴¹Refiere el Art. 312 CPCYM, que las partes tienen derecho a probar en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición de ésta

²⁴²La confesión Judicial, se regula en el Art. 258 PrPn, la cual debe ser clara, espontánea y terminante de haber cometido y participado en un hecho punible, rendida ante una autoridad judicial. En cambio la confesión extrajudicial, se ve limitada en cuanto a su valor probatorio, ya que requiere mayores exigencias, como que guarde concordancia con otros elementos de juicio, que su contenido se prueba con uno o más testigos que merecieron fe al Juez y si los testigos dieron fe que el imputado rindió esa confesión o suscribió, sin violencia física ni moral. Esa confesión en algunos casos favorece al imputado, con la suspensión condicional del procedimiento y el procedimiento abreviado.

El hablar de los hechos notorios, es referirse al conocimiento general de una comunidad de personas; esa notoriedad, se distingue en general, local y del Tribunal, así, puede ser que ciertos hechos sean del conocimiento general de una comunidad, de cierta localidad o del Tribunal que está conociendo del asunto. Los hechos notorios no son lo mismo que los hechos evidentes; en los primeros solo se tiene noticia; referente a los segundos, estos constituyen una verdad axiomática, de tal manera que a nivel histórico se encuentran los hechos evidentes.²⁴³

3.2.2. Costumbre

La costumbre vista como objeto de la prueba y como fuente del derecho, para efecto de que opere en tal sentido, debe ser acreditada en un proceso y no sólo invocada. De ahí que el legislador ha dicho en el Art. 314 CPCYM, que si las partes estuvieren conformes con su existencia y contenido y sus normas no afectan el orden público.

3.2.3. El Derecho Extranjero

Dado el conocimiento limitado que se tiene de la norma internacional en cuanto a su contenido y vigencia, ha de remitirse al Derecho Internacional Privado que estudia la protección de los derechos de las personas nacionales y extranjeras en sus mutuas conveniencias jurídicas, o entre Organismos de Derecho Internacional Privado, que fijan las reglas internacionales de jurisdicción y competencia, para lo cual se requiere que los Estados presten mutua solidaridad en pro de la administración de justicia. Así, el Código de Bustamante²⁴⁴, dicta principios generales sobre el Derecho Internacional Procesal, relacionado a reglas de competencia que deben seguirse por los Estados signatarios.

²⁴³Alessandri Rodríguez, Arturo, y otros “*Tratado de Derecho Civil*”. Parte Preliminar y General. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005. Tomo II, pág. 11.

²⁴⁴Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), ratificado por El Salvador, el 30 de marzo de 1931, dicta reglas especiales sobre la prueba de leyes extranjeras, en las siguientes disposiciones legales: Art. 408.- Los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere. Art. 409.- La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada. Art. 410.- A falta de prueba o si el Juez o el Tribunal por cualquier razón la estima insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable. Art. 411.- Cada Estado contratante se obliga a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información a que el artículo anterior se refiere y que deberá proceder de su Tribunal Supremo o de cualquiera de sus salas o Secciones, o del Ministerio Fiscal, o de la Secretaría o Ministerio de Justicia.

3.3 ESTADOS BÁSICOS DE LA VALORACIÓN

Es de referirse que la prueba es apreciada bajo tres estados básicos al momento de su valoración, estos son: La Certeza, que se caracteriza como el estado psicológico del Juzgador en cuya virtud éste llega a abrigar la plena convicción sobre la existencia o inexistencia del hecho incriminado y de la participación o no del imputado en su producción. La Duda, que aparece conformada cuando el Juez, frente a la ausencia o insuficiencia de prueba, no se encuentra en condiciones de formular un juicio de certeza ni de probabilidad positiva o negativa acerca de los hechos incriminados al procesado. La Probabilidad, que entraña una suficiente aproximación a ese estado, que excede por lo tanto a la apreciación de una mera posibilidad.

4. LA SENTENCIA

4.1. GENERALIDADES

Referirse a la sentencia²⁴⁵ dentro del Derecho Procesal, es hacer alusión a la resolución judicial dictada por la autoridad judicial, luego de terminado el juicio, poniéndole de esa forma fin a la pretensión de una de las partes, ya sea condenando o absolviendo al sujeto activo señalado como responsable de un hecho prohibido en la norma sustantiva por el legislador. Por consiguiente, esta será el acto procesal de mayor trascendencia, a la que se le dota de fuerza legal y de estricto cumplimiento.

Sin embargo, al generarse una conexidad de la acción penal y civil dentro de un proceso penal, la sentencia debe encaminarse a resolver ambas pretensiones, cuando proceda, ya que habrán ilícitos penales que por su propia naturaleza no provoca una afectación a un sujeto determinado, véase

²⁴⁵El Código Procesal Penal, en su Art.153, refiere que la sentencia es la que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio o al procedimiento abreviado. Art. 48 CPCYM. Cuando en un proceso civil o mercantil, se ponga de manifiesto un hecho que tenga apariencia de delito o de falta que diere lugar a acción penal, el respectivo Tribunal, mediante resolución, lo pondrá en conocimiento de la Fiscalía General de la República, por si hubiere lugar al ejercicio de dicha acción. En tal caso, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso, sino cuando concurran las siguientes circunstancias: a) Que se acredite la existencia de causa penal, en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el respectivo proceso; y 2) Que la decisión del Tribunal acerca del hecho por el que se procede en causa de esa naturaleza, pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil o mercantil. La suspensión de que se trata se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente solo de sentencia. Las sentencias pronunciadas en sede penal no producirán efectos de cosa juzgada en lo civil o en lo mercantil, salvo que la ley exprese lo contrario. Las sentencias pronunciadas por los Tribunales de lo civil y mercantil no producirán tampoco efectos de cosa juzgada en otras sedes judiciales, salvo disposición expresa en contrario.

como ejemplo, el delito de Tenencia, Portación o Conducción Irresponsable de Arma de Fuego, cuyo sujeto activo es la Paz Pública; no obstante ello, en otros casos, a pesar de dictarse una sentencia penal absolutoria, no siempre se hará de esa forma en lo concerniente a la responsabilidad civil²⁴⁶, verbigracia, cuando haya duda respecto a la responsabilidad del acusado o que el tribunal del jurado haya resuelto la absolución.

Por consiguiente al demostrar con prueba el actor civil la existencia de un daño concreto sobre los montos que corresponden por ese concepto, el Juzgador debe ordenar la condena civil, estableciendo las sumas a cancelar por el demandado civil²⁴⁷, lo que no presenta problema alguno al momento de dictarse la sentencia de mérito.

Se está claro que la fijación de la reclamación de la responsabilidad civil, genera seguridad jurídica²⁴⁸ para las partes, ya que previamente se tiene conocimiento a cuánto ascenderá la condena

²⁴⁶Es de señalar que en la práctica judicial, por lo general la autoridad judicial cuando no se prueba la responsabilidad penal en un caso determinado, automáticamente, sin fundamento alguno también absuelven de responsabilidad civil, bajo el argumento que lo principal sigue a lo accesorio, lo que no es correcto, ya que ello dependerá de la prueba que se incorpore al juicio y que luego de la valoración respectiva, arroja al Juez elementos probatorios para una condena civil. Así por ejemplo, el hecho de que se absuelva a un imputado por el delito de apropiación o retención indebida no implica que no subsista la responsabilidad civil del imputado, cuando existió un incumplimiento contractual del imputado, el que no traspasó el bien inmueble a la ofendida, tal y como se había comprometido, no obstante reconocerlo en audiencia y que no hizo el traspaso por instrucción de su defensor, bajo el argumento que era un incumplimiento de contrato, lo que da lugar a una atipicidad penal, sin embargo, ello no lo releva de su obligación de devolver el dinero que se le dio; de ahí entonces que el fundamento de la responsabilidad civil está en el daño y no en el carácter delictivo del hecho; con esta conexidad de acciones, y que se resuelva en el área penal, impide el peregrinaje jurisdiccional al que se vería afectado el perjudicado por unos hechos constitutivos de delito o falta, yéndose a los Tribunales civiles.

²⁴⁷De ahí entonces la obligación del actor civil, porque no decirlo del Fiscal, que al promover su requerimiento de cumplimiento a lo estipulado en el numeral 5 del Art. 294 PrPn, en cuanto a formular peticiones respecto al ejercicio efectivo de la responsabilidad civil, entre estas las diligencias útiles para probar los daños materiales o morales y el monto de la pretensión civil, como también el secuestro de bienes, que en algún momento servirán para cubrir el monto de condena que se dicta en este aspecto. Con mayor precisión deberá hacerlo, al momento de presentar la acusación, ya que dentro de los requisitos que exige el Art. 356 PrPn, se encuentra el ofrecimiento de prueba, no solo en lo concerniente a la materia penal, sino también en lo civil, con obligación de fijar el monto de la reparación civil de los daños. A ese respecto, la Sala de lo Penal, se ha pronunciado, diciendo que “es responsabilidad de la representación Fiscal, aportar todos los insumos necesarios para comprobar el daño o lesión del bien jurídico tutelado por la norma penal, en virtud de ser ésta la obligada a probar las consecuencias jurídicas del delito (Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal, año 2009, p. 259.)

²⁴⁸ANAYA BARRA, Salvador Enrique, y otros, *“Teoría de la Constitución salvadoreña”*, 1ª ed., Editorial, Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y de la Cultura Constitucional en la República de El Salvador, San Salvador, 2000, pp. 169-170, al referirse a la seguridad jurídica dicen: “Dentro del ordenamiento jurídico, la seguridad jurídica, es el valor que fundamenta la construcción de las *“las reglas del juego”* dentro del Estado constitucional, estableciendo la necesidad de que el Estado se construye a partir de institución que contemplen definidas sus funciones y competencias, su capacidad normativa –si la tienen- y los límites de su

en lo económico y obliga al juzgador a no apartarse del monto solicitado al momento de pronunciarse, respetando el derecho de defensa²⁴⁹ del demandado, lo cual se enmarca dentro del principio acusatorio que obliga a que la carga de la prueba corresponde al que acusa, en este caso a quien demanda, o sea, al actor civil.²⁵⁰

Al realizar una comparación entre la normativa procesal derogada, con la vigente, en lo concerniente a la responsabilidad civil al momento de dictar la condena, ésta presentaba una ventaja para la víctima, porque le permitía que el Juez al no poder determinar la cuantía de la responsabilidad civil, la fijara tomando en cuanto la naturaleza del hecho y sus consecuencias; aunque no se puede negar, que en algunos casos se prestaba a la arbitrariedad de los Jueces sentenciadores que sin prueba alguna fijaban un monto, atendiendo a la positividad de la norma que así mandaba, bajo el argumento de la existencia de un daño moral.

En cuanto a la responsabilidad civil, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, determinó en sentencias de casación, dictadas en los inicios de vigencia del Código Procesal Penal derogado, que al establecer el legislador en el Art. 361 Inc. 3ro, que sin base probatoria era válida la condena en esta área, en el transcurso del tiempo vario su criterio y exigió probanza al ente Acusador para ello, conminando al Juez sentenciador a ese pronunciamiento; criterio último que ha mantenido, para impedir arbitrariedades de los Jueces²⁵¹.

Poder. La Constitución reconoce expresamente a la seguridad jurídica en el Art. 1 Cn, como uno de los valores fundamentales de la actividad del Estado.

²⁴⁹Sentencia definitiva de HABEAS CORPUS de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ref. 96-2007del 11 de enero del 2009, en cuanto al derecho de defensa dice: que el derecho de defensa implica el aseguramiento de las garantías fundamentales dentro del proceso, para que la persona objeto de imputación disponga efectivamente de su ejercicio para controvertir los hechos atribuidos en su contra.

²⁵⁰De acuerdo al principio de aportación de prueba al que hace referencia el Art. 7 CPCYM, los hechos en que se fundamente la pretensión y la oposición que se conoce en el proceso solo podrán ser introducidos al debate por las partes y deberán recaer exclusivamente sobre esos hechos afirmados, correspondiendo la proposición de la misma exclusivamente a las partes. El Art. 31 CPCYM, es más claro en decir que la carga de la prueba es exclusiva de las partes.

²⁵¹La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha venido variando ese criterio jurisprudencial en cuanto a la responsabilidad civil que los Jueces sentenciadores declaran en materia penal. Así la Sentencia de Casación No. 171-CAS-2004, de fecha 13 de mayo del 2005, casa la sentencia en cuanto a la responsabilidad, que en su momento fue absuelta por falta de pruebas, por el Tribunal sentenciador, argumentado, en lo esencial, que “reconoce que por imperativo legal, el Juez debe pronunciarse sobre el monto de la responsabilidad civil, pero también la parte procesal que la pretende debe ser más eficiente en la representación que hace de las respectivas víctimas u ofendidos. Con base en lo expresado, esa Sala considera que la sentencia de mérito adolece del defecto alegado por la recurrente, en consecuencia, caso parcialmente la sentencia de mérito, en la parte relacionada con la responsabilidad civil, quedando firme el

A pesar de ese último pronunciamiento, la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador, continúa con la posición inicial de la Sala de lo Penal, en el sentido que considera que la misma prueba con la que la parte Fiscal pretende probar su pretensión penal, es la base también para determinar la responsabilidad civil, lo que en muchos casos no es cierto, especialmente cuando hay que hacer valoraciones sobre daño emergente y lucro cesante.²⁵²

pronunciamiento sobre la responsabilidad penal, y ordenar su reposición, la que deberá ser pronunciada por un Tribunal distinto al que conoció de la anterior, Art. 427 Inc. 3º Pr Pn“.

En otra sentencia No. 66-CAS-2004, de fecha 17 de junio de 2005, la misma Sala confirma su jurisprudencia y no accede a casar la sentencia en responsabilidad civil, que en su momento la defensa técnica pidió su anulación, al haberse condenado sin prueba alguna; resolución que tuvo como argumento esencial, lo siguiente “Esta Sala considera necesario reiterar el criterio ya desarrollado en anteriores resoluciones, en lo relativo al pronunciamiento del Tribunal de Juicio sobre la responsabilidad civil, ya que la acción civil corre paralela a la acción penal, siendo aquella escindible únicamente en los supuestos contemplados en el Art. 43 inciso 2º. Pr. Pn., en ese sentido, la regla general supone su ejercicio conjunto con la acción penal. Por lo que el sentenciador debe pronunciarse sobre la responsabilidad civil en atención al principio antes enunciado, no pudiendo el Juzgador eludir el pronunciamiento sobre la base de no contar con elementos probatorios, de acuerdo al Art. 361 Inc. 3º Pr. Pn., el cual es un imperativo para emitir un pronunciamiento en el mismo sentido de la condena penal. En ese sentido, esta Sala encuentra que contrario a lo afirmado por el recurrente, la decisión del Tribunal de juicio no adolece de vicio alguno, ya que su actuación se adecuó al mandato establecido en el inciso tercero del Art. 361 Pr. Pn., que le impone al Juzgador el deber de pronunciarse en la sentencia condenatoria sobre el monto de la responsabilidad civil, indicando además, la referida disposición los parámetros a considerar –la naturaleza del hecho, sus consecuencias y los demás elementos de juicio que hubiere podido recoger- para fijar el monto de la responsabilidad civil que hubiera lugar. Razón por la cual se deberá rechazar el motivo en comento. Se resuelve no ha lugar a casar la sentencia de mérito. “Sin embargo, esa línea jurisprudencial cambia rotundamente, ya en la sentencia de casación No. 593-CAS-2007 de fecha 22 de octubre de 2010, cuando advierte que, tanto en el requerimiento Fiscal, en el escrito de Casación, así como en el acta de la vista pública, el Fiscal del caso, como garante de la legalidad, única y exclusivamente se dedicó a realizar una simple solicitud para que el Tribunal de instancia se pronunciara en cuanto a la materia que se refiere, sin suministrar las probanzas suficientes e idóneas que permitieran al Juzgador dictar una sentencia condenatoria en lo accesorio y determina de esa forma el daño causado a la víctima. En tal sentido, si bien es cierto el Art. 361 Inc. 3ro. PrPn, prescribe que si hubiere pruebas, el A-quo tomará en cuenta para pronunciarse sobre tal particular. a) La naturaleza del hecho; b) sus consecuencias; y c) Los demás elementos de juicio que hubiere podido recoger; tampoco se puede dejar de señalar que en un sistema penal como el Salvadoreño, de corte acusatorio, el ente Fiscal no solo tiene el deber de comprobar el ilícito penal, sino también lo accesorio, es decir, debe instaurar toda una acusación civil, anexa a la penal para que de esa manera él pueda deducir el monto a compensar por parte del acusado...”y en esa razón se mantuvo la decisión tomada por el Tribunal sentenciador.

²⁵²En resolución dictada por la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, de San Salvador, con fecha 12 de enero del 2012, al conocer recurso de apelación de la sentencia dictada por el Tribunal Cuarto de Sentencia, contra el señor Carlos Alberto Sosa Rivera, condenado en responsabilidad civil en abstracto, por el delito de Acoso Sexual, de lo cual recurrió la defensa técnica alegando falta de fundamento probatorio, al no haber desfilado prueba respecto del ámbito civil, lo cual implicó una actuación al margen de la ley. Y que la parte querellante no solicitó condena civil y por consiguiente no se debió dictar esta condena en cuanto a la responsabilidad civil. Refiere el Tribunal Ad quem, que el Código Procesal Penal permite incoar juntamente con la acción penal la acción civil, lo que se regula en los Art. 42 y 43 PrPn. Se argumenta que la prueba del delito en cuanto al ámbito penal, es la que acredita la existencia de la responsabilidad civil originada por el delito, pues este es lo que constituye la obligación civil ante el daño causado, ya que esa prueba también acredita el hecho civil, como obligación ex delicto, es decir deriva del delito, de tal manera que debe separarse la cuestión de la prueba que acredita la responsabilidad civil que se deriva de la conducta delictiva, de la determinación de las consecuencias civiles del delito, es decir del grado

Sin embargo, siendo que el fundamento de la responsabilidad civil está en el daño y no en el carácter delictivo del hecho, habrán casos donde no puede aceptarse que el Tribunal Penal se abstenga de resolver sobre esa responsabilidad, cuando el hecho realizado por el justiciado no es delictivo, puesto que ello implicaría una denegación de justicia a la parte actora civil.

Respecto a la condena civil en abstracto, el legislador salvadoreño ha establecido en el Art. 399 inciso 3ro. del Código Procesal Penal, que cuando la prueba referida a la responsabilidad civil no permita establecer con certeza los montos de las cuestiones reclamadas como consecuencia del delito, el Tribunal podrá declarar la responsabilidad civil en abstracto²⁵³.

Aunque parece contradictorio que en el Art. 356 inciso último del PrPn se diga que bajo pena de inadmisibilidad de la acusación, se le obligue al Fiscal o Querellante, a fijar ese monto de la reparación civil²⁵⁴ y luego se habilite al Juzgador a imponer una pena en abstracto, en parte es

de perjuicio ocasionado, así como de la cuantificación de los mismos, por cuanto estas circunstancias relativas a los montos específicos de los perjuicios que se han causado, requieren el acreditamiento de elementos de prueba particulares que establezcan los mismos; por lo que se reitera que la prueba que acredita la obligación civil derivada del delito, es necesariamente la prueba que acredita la existencia del delito y de la atribución de éste respecto a determinada persona que es quien lo ha cometido culpablemente y es su responsable directo, así establecido que se ha cometido un delito culpable y si ese delito es de los que pueden causar perjuicios individuales, el mismo genera daño civil, respecto de persona concreta y determinada y por ello declarada la responsabilidad penal debe afirmarse probada la responsabilidad civil que se ha derivado de la comisión de un delito. Y que siendo la misma prueba la que acredita el delito de acoso sexual, la que establece la obligación civil que se deriva de aquel como daño civil ex delicto, no resulta violación al derecho de defensa por falta de pruebas, por cuanto la responsabilidad civil derivada del delito, se prueba mediante la comprobación del delito mismo y de su atribución culpable a una persona quien es participe del hecho y por ello, su responsable directo en cuanto a la responsabilidad civil. Aunque se aclara que para la acreditación de las consecuencias civiles del delito como son la restitución, reparación, indemnización y costas procesales, sí debe concurrir la prueba pertinente que determine cualesquiera de estos aspectos y en tal sentido, si conforme a las pruebas recibidas no se encuentra acreditadas las circunstancias previstas que constituyen las consecuencias civiles, las mismas no pueden ser declaradas porque se requiere que se acrediten en particular, pero ello no significa en modo alguno, que no se haya establecido la responsabilidad civil derivada del delito, es decir la obligación civil nacida del hecho punible y sobre esta última el Código Procesal Penal si permite su declaración y reconocimiento en abstracto, lo cual significa llanamente que se declara la responsabilidad civil, porque esta procede del delito que se tiene acreditado y probado y es procedente condenar por la misma, aunque no se cuantifique el monto del daño civil, ello en atención a que no se recibió prueba sobre las consecuencias civiles del delito en cuanto su determinación concreta. Al final se resolvió confirmando la condena.

²⁵³ Art. 368PrPn Costarricense, dice: Cuando los elementos probatorios no permitan establecer con certeza los montos de algunas de las partidas reclamadas por el actor civil y no se esté en los casos en que pueda valorarse prudencialmente, el Tribunal podrá acogerlos en abstracto para que se liquiden en ejecución de sentencia ante los Tribunales civiles o contencioso administrativos, según corresponda, siempre que haya tenido por demostrada la existencia del daño y el deber del demandado de repararlo.

²⁵⁴ En cuanto al No. 5) del Art. 356PrPn, es de advertir que el legislador estableció con amenaza de no admitir la acusación, cuando no se fije el monto de la reparación civil de los daños, dejando por fuera la restitución,

responsabilidad del Juez instructor según el caso, que omite prevenir al Fiscal fundamente las razones del por qué no fija la cuantía, lo que complica a los sentenciadores al momento de dictar el fallo.

Aunque la figura de la responsabilidad civil en abstracto, se encuentra regulada en la ley penal adjetiva, no deja de ser una pena civil indeterminada, tomando en consideración que esa abstracción, no resuelve el problema de la víctima, sino que la agrava, por varias razones, la primera que no se le explica cómo hacer efectiva esa liquidación y ante quien; la segunda, por el desinterés Fiscal en continuar con el trámite de la responsabilidad civil, al lograr su pretensión punitiva; y, en tercer lugar, por la falta de recursos económicos de la víctima para promover e impulsar esa liquidación y su ejecución forzosa en sede civil.

Importante es señalar, que Costa Rica, ha enriquecido este tipo de responsabilidad en abstracto, comenzando porque en su legislación adjetiva penal, en su Art. 368, acepta este tipo de condena, en redacción similar a la salvadoreña, con la diferencia que puntualmente plasma su operatividad, diciendo que ha de dictarse, siempre que haya tenido por demostrada la existencia del daño y el deber del demandado de repararlo; de ahí entonces que la jurisprudencia costarricense, señala, el deber del Juzgador Penal de pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria en los casos en que ésta se ha ejercido; lo complicado es cuando la prueba sometida a juicio se ve limitada respecto a ella, que en algunos casos obliga al sentenciador a tomar posturas con aparente arbitrariedad en busca de no dejar desprotegida a la víctima y por ende crear impunidad; sin embargo, al pronunciar en esos términos su decisión, se requiere que la misma vaya fundamentada tanto en los motivos de hecho como de derecho²⁵⁵, pues constituye un requisito de validez de la sentencia dictada.²⁵⁶

indemnización y costas procesales, que además de la reparación civil, conforman las consecuencias civiles del delito, lo que en algún momento podrá dar lugar a interpretaciones, si el legislador quiso referirse solo a esa institución o a todas, lo que implica que a través de una reforma legal o interpretación legislativa puede aclararse esa confusión.

²⁵⁵Para que una sentencia goce de legitimidad requiere el cumplimiento de requisitos ya establecidos por la ley Procesal Penal, entre los que se encuentra la fundamentación de los motivos de hecho y de derecho que arriban al sentenciador a tomar una decisión en el fallo, su incumplimiento deviene en un vicio de la sentencia, que habilita apelación de la misma, así lo exigen los Art. 395 No. 2) y 400 No. 4), ambos del PrPn,

²⁵⁶La jurisprudencia costarricense ha ido en avanzada en este tema y así lo ha expresado en Resolución 329-F.91, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, el 28 de junio del 1991, a decir que esta clase de condena no puede ser generalizada, al extremo de que se constituya en la regla general, sino que debe ser la excepción, con la cual podrán contar los Juzgadores en sede penal, para aquellos casos en los cuales se logró acreditar la existencia del daño, así como el deber de indemnizar de parte del demandado, y el derecho de recibir la indemnización de parte del accionante, pero no existen pruebas suficientes para acreditar el monto

A pesar de esa positivización de la condena civil genérica y en abstracto, su indeterminación puede ser objeto de cuestionamiento al trasgredir el principio de proporcionalidad, lo que viene a deslegitimar la fundamentación de la misma, así por ejemplo: cuando se embargan bienes del procesado y no se fija la cuantía de la reclamación en el dictamen de acusación y se somete la causa al juicio, se estará ante una injustificación teleológica para aplicar esa medida precautoria, que carece de razonabilidad axiológica, ya que existe la probabilidad que en algunos casos los bienes embargados tengan un valor económico mayor de lo que se podría reclamar.

En ese sentido, no es de extrañarse que Tribunales Superiores, entre estos la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, de San Salvador, continúen manteniendo criterios ya descartados por la Sala de lo Penal, al considerar que la prueba ofertada por el Fiscal del caso para probar el delito penal, es la misma que sirva de base para establecer la responsabilidad civil, lo que no siempre es posible, ya que el daño emergente y lucro cesante, requiere probanza específicamente para ello, por lo que debe ser corregido ese criterio y exigirse al ente Fiscal la aportación respectiva de la prueba, tal como lo exige el Art. 356 No. 5 PrPn.

Es importante hacer referencia al Procedimiento Abreviado²⁵⁷, debido a que por ley se obliga a que, previo a autorizarse el mismo se escuche a la víctima o al representante legal, para que preste su

de la indemnización, siempre y cuando no se autorice hacer la fijación prudencialmente. Es importante resaltar que la condena en abstracto no debe disponerse en forma automática, sino que requiere de todas y cada una de las siguientes condiciones: 1) Es imprescindible que se haya establecido la obligación del demandado de indemnizar los daños y perjuicios; 2) Se requiere que se haya establecido el derecho del accionante, o su representante legal, de recibir la indemnización. 3) Es necesario que en el proceso penal se haya demostrado la existencia de esos daños y perjuicios sufridos por parte del damnificado. 4) Se exige la ausencia de pruebas que permitan establecer el monto concreto de la indemnización, y en tal sentido el Juzgador penal debe indicar en la sentencia las razones por las cuales las pruebas evacuadas, en su criterio, son insuficientes para establecer el quantum correspondiente a cada partida, puesto que de no hacer esa justificación estaría faltando a su deber de pronunciarse en forma expresa. 5) En todos aquellos casos en que la ley autoriza al Juez a fijar el monto de la indemnización en forma prudencial, el Juez penal no puede eludir su deber, por lo que no puede remitir a las partes a la vía civil para el establecimiento de los montos.

²⁵⁷ Arts. 417 y 418 PrPn, regulan el Procedimiento Abreviado, como un mecanismo ágil de resolver la situación jurídica del imputado, con favorecimiento en cuanto a la sanción penal por el hecho cometido, estableciendo un régimen de penas que surge del acuerdo del Fiscal, el imputado y su defensor. Sin embargo requiere ciertos requisitos como son que el Fiscal solicite la pena de prisión bajo lo pactado, según el régimen de pena; que el imputado consienta este procedimiento y sus consecuencias, confesando los hechos que le han sido incriminados y avalado por la defensa técnica.

consentimiento, el que no es imperativo para autorizarse, ya que se le da potestad al Juzgador para que no atienda esa oposición, si los razonamientos no son atendibles y no lo convencen.

No hay duda que, la confesión del procesado ira encaminada al hecho penal atribuido, no así a la aceptación de la responsabilidad civil que es producto de ese ilícito y de lo cual no se le pregunta nada por el Juzgador, quien de hacerlo queda en su criterio atender la petición que haga, lo que provoca un daño a la víctima, debido a que, este procedimiento especial no fue diseñado para resolver la pretensión civil, situación que puede presentar varios escenarios: el primero, que se le escuche y el acusado acepte la obligación de la responsabilidad civil y la víctima lo consienta; el segundo, que no se le escuche a la víctima y el Juez decida resolver solo lo penal, dejando el derecho a ésta para que haga esa reclamación por la vía civil; el tercero, que el Juez resuelva arbitrariamente en la sentencia lo concerniente a la pretensión civil; el cuarto, que al existir un tercero civilmente responsable, se oponga al consentimiento de la víctima y pide someter el caso a juicio, solo en cuanto a la pretensión civil; el quinto, que al no estar obligado el sentenciador siempre a condenar penalmente por esa confesión de hechos, absuelve al imputado, sin haber escuchado a la víctima en lo concerniente a la responsabilidad civil, la que difiere de la responsabilidad penal; y, el sexto, que se prohíbe al sentenciador, pronunciarse con respecto a la responsabilidad civil, si no escucha previamente a la víctima.

El sentenciador deberá poner estricta atención, ya que en algunos casos podrá generar impunidad al autorizar este procedimiento, dado que al resolverse lo concerniente a lo penal, también resuelve lo civil con el consentimiento de la víctima, en razón que lo civil se vuelve preponderante, dado que por lo general a la víctima lo que le interesa será lo económico; impunidad que se manifiesta por cuanto que al caso penal no se le presta mayor atención en esa negociación acordada.

Situación complicada, objeto de cuestionamiento, debido a que provoca una clara diferenciación entre ricos y pobres ante la ley penal, porque las personas que tienen poder económico pueden reparar y resarcir el mal o el daño a la víctima para eludir la pena, mientras que las personas de escasos recursos se les imposibilita acceder a las pretensiones civiles del actor y por lo tanto no tienen oportunidad de un tratamiento igualitario.

4.2. LA SENTENCIA COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

Es innegable que dentro de las fuentes de las obligaciones a las que hace referencia el Art. 1308 CC, no se regula expresamente que la sentencia pronunciada por un Juez en un determinado proceso esté considerada como tal, solo hace referencia que las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasi delitos y de la ley; lo que es reiterado en el Art. 2035 CC, cuando enuncia, que: “las obligaciones que se contraen sin convención nacen o de la ley o del hecho voluntario de una de las partes” y si ese hecho del que nace es lícito, se estará ante un cuasi contrato, pero si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, se estará ante un delito o falta, pero si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, se estará ante un cuasidelito.

El Art. 1309 CC hace alusión a un concepto de contrato, a través del cual las personas se obliga para con otras o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa; y el Art. 567 Inc. 4to. CC, establece que una obligación solo podrá reclamarse a determinadas personas por un hecho suyo o por disposición de la ley; de ahí entonces que serán solo dos las fuentes de las obligaciones, siendo estas, el contrato y la ley²⁵⁸.

Lo anterior hace evidente que el legislador no ha considerado expresamente que los actos jurisdiccionales, como el caso de las sentencias judiciales, sean una verdadera fuente de derechos reales y personales, aunque en la práctica judicial si lo son, ya que habrán casos donde hay que resolver las pretensiones de las partes y la ley no da respuesta esa situación, dentro las que se encuentran las lagunas de la ley, que obligan al Juez a interpretar la norma o a crearlas haciendo interpretaciones que son de exclusiva competencia del legislador, pero que al final al dictar la sentencia crea obligaciones a las partes, quienes deben cumplirlas.

²⁵⁸SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, “*Curso de Derecho Civil*”, Tomo III De las obligaciones, Tomo III, 1ra. Edic., Editorial Nacimiento, 2011, p. 123, critica la clasificación tradicional, diciendo “que si la reducimos un poco, concluiremos que solo hay dos fuentes: contrato y ley, porque las obligaciones que nacen de los cuasicontratos y del delito y cuasi delitos, son verdaderas obligaciones legales. Lo comprende así nuestro mismo legislador porque al definir el derecho personal, dice que es aquel que si puede exigir de una persona destinada que ha contraído la obligación correlativa, por un hecho suyo o por disposición de la ley. Con esta última expresión reduce a dos las fuentes de las obligaciones”.

A ese respecto el maestro Rafael Rojina Villegas²⁵⁹, se refiere cuando se manifiesta, que la sentencia judicial es una fuente autónoma de obligaciones, primero, porque la ley no regula todas las situaciones que implican conflictos jurídicos entre particulares; segundo, que en los mismos casos regulados no se agotan absolutamente todas las manifestaciones de un caso concreto, y tercero, que hay situaciones jurídicas que desde el punto de vista del derecho sustantivo, no están en manera alguna reguladas, pero se resuelven, sea por una sentencia notoriamente contraria a la ley o bien por una sentencia que pretenda colmar una laguna, en contra del espíritu mismo del sistema, adquiriendo relevancia jurídica y quedando legitimada, porque el perjudicado no intente los recursos correspondientes²⁶⁰.

²⁵⁹ROJINA VILLEGAS, Rafael, “*Compendio de Derecho Civil III*”, *Teoría de las Obligaciones*, vigésima séptima edición, Editorial PORRUA, México 2007, p.208

²⁶⁰Como ejemplos que afirman que una sentencia judicial es fuente de obligaciones, tenemos:1) Así una sentencia notoriamente contraria a la ley, que no fue impugnada por la parte agraviada, en la que existe una contradicción manifiesta entre sus puntos resolutivos y sus considerandos; aquí lo que puede afectar a las partes son los puntos resolutivos de la sentencia reclamada, pues en ellos, en términos generales en donde se determina en forma concreta si el sentido de la resolución es favorable o no al demandante y no los considerando de la propia sentencia, aunque estos últimos pueden causar perjuicio a la parte quejosa, cuando no se vean reflejados en los resolutivos, lo cual constituye una legitimación al demandante para acudir al juicio constitucional, de lo contrario se dejaría al gobernado afectado en completo estado de indefensión. Aquí la obligación o el derecho nacen exclusivamente por la sentencia misma. 2) el error judicial que puede dar origen a obligaciones o derechos, son aquellos casos en que por un error en la apreciación de la prueba, que es una cuestión meramente procesal, el juzgador da por cierta o existente una fuente creadora de obligación, vv. Gr. Un contrato, declaración unilateral de voluntad o un hecho ilícito, cuando en realidad no existe por no haberse realizado sus elementos esenciales. 3) Puede suceder que el Juez, haciendo una valoración incorrecta de las pruebas varíe, la naturaleza del contrato, dando por consecuencia vida a obligaciones diversas a las que en un principio las partes se propusieron, por ejemplo, puede el Juez considerar que en la especie exista un contrato de arrendamiento cuando en realidad solo había comodato. En estos casos de error por incorrecta apreciación y valoración de la prueba, se originan derechos y obligaciones antes inexistentes, ya sea porque se da por acreditada una fuente concreta de obligaciones que en realidad es inexistente o porque existiendo un contrato determinado el Juez varíe la naturaleza de un contrato y se da origen a nuevas obligaciones y derechos no queridos por las partes. Ambos casos demuestran que la sentencia judicial por si misma es una fuente autónoma. 4) es cuando el Juez se vuelve interprete de la ley, asumiendo el papel del legislador y declara expresamente en sus considerandos que en su concepto ha habido una solución injusta en la ley, que podría calificarse de extralimitación de las funciones del juzgador, hace evidente que la sentencia constituye la única fuente de obligaciones ante la ausencia de una voluntad concreta de la ley. 5) las sentencias declarativas de nulidad de un acto jurídico, que se origina cuando el consentimiento se encuentra afectado por falta de capacidad de las partes, por vicios del consentimiento o cuando el acto jurídico no cumple con las formalidades prescritas por la ley. Aquí la sentencia judicial tendrá efectos restitutorios, ya que los casos que origina estas contiendas judiciales producen siempre sus consecuencias jurídicas, es decir que las prestaciones pactadas, v. gr. En un contrato de compraventa, pago del precio y entre de la cosa, que son las principales-deberán restituirlas recíprocamente los contratantes; ello crea obligaciones que antes solo estaban declaradas de manera potencial en la ley y que por virtud de la sentencia se actualizan y sobre todo se ejecutan; aquí se reconoce que la obligación de devolver, de restituir, tiene su fuente en la sentencia, pues expresamente reconoce que la obligación de restituir deriva de la declaración de nulidad o sea de la sentencia misma.

4.3. LA SENTENCIA COMO FUENTE DE DERECHO

Como fuente del derecho se puede definir como todos aquellos actos o hechos realizados en el pasado de los cuales se originó la creación, modificación o extinción de una norma jurídica que componen el ordenamiento social y a los factores históricos que inciden en la creación del derecho, es decir toda clase de norma, escrita o no, que determina la vinculariedad del comportamiento de los ciudadanos y de los poderes de un Estado o comunidad, estableciendo reglas para la organización social y particular y las prescripciones para la resolución de conflictos.

Dentro del desarrollo histórico de las fuentes del derecho, se establecen dos tipos de fuentes, la primera que es la formal²⁶¹ y la segunda la material; la primera, se enmarca en los procesos de creación de la norma jurídica que da origen al Derecho y la configuración del mismo como norma jurídica, entre estas tenemos la Ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Respecto a las Fuentes Materiales o Reales²⁶², son los contenidos normativos que se incorporan al sistema jurídico, es decir, que provocan la aparición de las normas jurídicas determinando su contenido. En otras palabras las primeras son las que permiten el surgimiento material de la norma, por ello se encuentran en una relación de causalidad.²⁶³

Actualmente, las Fuentes Modernas de las obligaciones, rompen con esa posición tradicional y consideran que dentro de los avances del Derecho existen otras fuentes entre las que se encuentran “las sentencias” que dictan los tribunales, al no poder negarse que es un acto jurisdiccional y una

²⁶¹Para Abelardo Torres, las fuentes formales son las normas positivas de cualquier tipo que puede ser invocada por un organismo, con fundamento de validez de la norma que crea así, es legislador invoca con fundamento de la Ley a la constitución, el Juez a la Ley como fundamento de su sentencia, entonces la fuente formal sería una norma superior donde se fundamenta la validez de la norma que se crea.

²⁶²Según Abelardo Torr , las fuentes materiales o reales pueden ser definidas como los factores y elementos que determina o al menos condicional el contenido de tales normas, estos factores son las necesidades o problemas (culturales, econ3micos, gremiales, etc.), que el legislador tiende a resolver y, además, los fines o valores que el legislador quiere realizar en el medio social para el que legisla. Cabe hacer notar que también influye el factor subjetivo, es decir, la personalidad misma del legislador o los legisladores conformada--- entre otros elementos---por el sentimiento jurídico. Estas fuentes materiales contribuyen no solo a conformar el contenido de la legislaci3n, sino también de la jurisprudencia, pues como dice Legaz y Lacambra ---“el sentimiento jurídico se hace más patente en los grados inferiores de la escala jurídica que en los superiores, porque estos, referidos a la generalidad de los casos, requieren una formalizaci3n más abstracta y racionalista que la decisi3n individual, más en contacto con la intuici3n y el sentimiento”

²⁶³ GARCÍA MAYNES, Eduardo; *“Introducci3n al estudio del derecho”*. 24a. ed; revisada; México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A.; 1978. Págs. 51, refiere que gráficamente la relaci3n entre las fuentes materiales y las formales, diciendo que éstas constituyen el cauce o canal por donde corren y se manifiestan aquellas.

norma jurídica, que goza de autonomía y que se ubica dentro de los actos públicos o estatales que como norma jurídica tiene el carácter heterónoma, bilateral, externa y coercible, así como su naturaleza individualizada que determina formas de conductas concretas, con fuerza creadoras en materia de derechos patrimoniales, tanto personales como reales, donde para llegar a una decisión y resolver un conflicto planteado interpreta y de esa forma provoca su cumplimiento.²⁶⁴

Refuerza esa afirmación que la sentencia judicial es fuente de derecho, cuando la jurisprudencia va creando la doctrina legal, que es de estricto cumplimiento para los jueces al momento de resolver una pretensión, ya que en idéntico caso ha de resolverse bajo esa doctrina legal, lo que implica que el Juez para llegar a construir esa doctrina a interpretado normas y fundamentado su decisión, es decir que ha creado derecho y de ahí entonces decir que el Derecho debe ser la obra conjunta del legislador y el Juez, puesto que el legislador dicta la ley, pero ésta no opera por sí solo, sino a través del Juez, quien, mediante la interpretación, establece su sentido con relación a un hecho concreto sometido a su decisión, para la solución del caso.²⁶⁵ De ahí la importancia de que las sentencias estén publicándose constantemente para conocimiento del colectivo, a través de revistas o por medios electrónicos.

4.4. LA SENTENCIA CIVIL EN ABSTRACTO

Dentro de la etapa final de la vista pública, el sentenciador se ve obligado a resolver las pretensiones planteadas por las partes a través de una sentencia definitiva que le pone fin al caso penal; pero con respecto a la condena civil, deberá fallar si la prueba lo permite, fijando una cantidad de dinero en concepto de responsabilidad civil y luego continuar con la ejecución forzosa, teniendo como título de

²⁶⁴BONORINO, Pablo Raúl, *“La justificación de las Sentencias Penales: Una perspectiva lógica y conceptual”*, 1ª. Ed. San Salvador, El Salv. CNJ-ECJ, 2004, p. 2, dice *“Las sentencias judiciales son entidades complejas que contienen tanto normas individuales como generales. Para poder aceptar esta afirmación se debe considerar a la “sentencia judicial” como formada no solo por la parte resolutive, sino también por los considerandos (segmento en el que el Juez da las razones que justifican su decisión). Una sentencia puede ser reconstruida como un argumento, en el que la resolución ocupa el lugar de la conclusión y cuyas premisas se formulan en los considerandos”*.

²⁶⁵El Código Procesal Penal, al tratarse del recurso de casación, en su Art. 478, genera lo que es la doctrina legal, señalando que ella se constituye con tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, lo cual vincula a los jueces al momento de resolver al tomarla como fuente de Derecho de estricto cumplimiento y de ahí que se obligue al recurrente señalar la contradicción en términos precisos y como única prueba admisible se acompañara copia de la jurisprudencia correspondiente; esto viene a dar soporte a que la sentencia judiciales, son fuentes de derecho para dar respuesta a pretensiones planteadas.

ejecución esa misma sentencia, lo que no presenta mayor problema, si el favorecido pretende ejecutarla en la jurisdicción civil.²⁶⁶

Sin embargo, existirán casos donde la cuantía del daño cierto y causado, carece de determinación con la prueba que se incorpora al juicio; y, para evitar injusticias en el quebrantamiento de un derecho o valor jurídico tutelado, el legislador previó esa circunstancia en el inciso tercero del Art. 399 del Código Procesal Penal, al establecer la condena en abstracto en cuanto a la responsabilidad civil, lo que implica que corresponderá a la parte favorecida la carga de presentar por escrito una liquidación de perjuicios reconocidos en la condena genérica, sin la cual la obligación será inejecutable, haciendo imposible la formación de una situación jurídica individual y concreta, la que se hace efectiva una vez la sentencia se encuentre ejecutoriada.

Lo anterior hace sostener que dos son los requisitos esenciales en este tipo de condenas en abstracto: la primera, que exista una autorización expresa del legislador; y, la segunda, que a pesar de existir prueba, no se puede determinar al momento del juicio cantidad monetaria alguna. En cuanto a esa taxatividad de la norma, se supera ese primer requisito y se evita abuso de los sentenciadores como sucedía en la normativa procesal anterior, donde sin razonamiento alguno, se declaraba en abstracto la condena civil, sin explicarse que hacer y sin tomar en cuenta que el daño recibido no es producto de una actividad provocada por la víctima, pero que se ha visto involucrado inesperadamente. Respecto a ese segundo requisito, este es determinante, porque habilita esa responsabilidad civil en abstracto, caso contrario debe rechazarse y obligarse al sentenciador a fijar esa cuantía para facilitar su ejecución correspondiente.

Pero en caso se resuelva declarando esa responsabilidad en abstracto, habrá en una sentencia declarativa, un reconocimiento de una obligación, que para ser perfecta y poderse ejecutar ha de reunir los elementos esenciales que deben integrarla, entre estos la determinación del monto económico a conocer por el deudor y de esa forma buscar su cumplimiento, caso contrario no sería

²⁶⁶Ya el CPCYM, ha establecido un procedimiento que se relación a la ejecutoria de las sentencias, del cual los tribunales sentenciadores deben hacer del conocimiento a la parte vencedora, para una vez dictado el fallo, exija el cumplimiento de la misma, ya que esto en la práctica no se realiza, lo que abona a la impunidad, por el desconocimiento que las personas tienen sobre la forma y lugar ante quien tienen que ejercitar su derecho de acción y pretensión, sin que con ella se caiga en un delito de prevaricato.

ejecutable y se estaría en presencia de una obligación que bajo esa omisión, nunca podría hacerse efectiva²⁶⁷.

El hecho que el legislador haya establecido la oportunidad para que ese monto se establezca a través de una liquidación, da la pauta para sostener que se hizo pensando en respetar los derechos del obligado, bajo un debido proceso, dándole oportunidad a las partes para que puedan actuar defendiendo cada una su pretensión, lo que hace que esa institución de la condena en abstracto, se encuentre dentro de los márgenes de exigencia en la Constitución, quedando prohibido la reclamación de otros derechos e instaurar otras acciones y promover otro proceso posterior ante otro Juez con idéntica pretensión.

Es de advertir la existencia de diversos criterios de Jueces sentenciadores en cuanto a: ¿Condenar en abstracto la responsabilidad civil?, ¿Ante quién corresponde hacer esa liquidación?, y ¿Quién llevara a cabo la ejecutoria de la sentencia?; de doce jueces del área de San Salvador, tres Jueces no la aplican bajo el argumento que “con esa declaratoria no se dice nada y prefieren mejor absolver por falta de prueba”; siete Jueces “no dan aplicación a la condena en abstracto y se deciden mejor por condenar por daños morales para evitar impunidad”; y, dos Jueces “condenan en abstracto, pero no aceptan responsabilidad de liquidar y de ser los que lleven la ejecutoria de la sentencia por ser competencia del Juez civil y mercantil”.

De esa lectura de respuestas de los entrevistados, se observa mayor inclinación a la condena bajo el fundamento que todo delito trae como consecuencia daño moral y por ello debe declararse la

²⁶⁷Véase un ejemplo de la practicidad judicial, así en un delito de Homicidio, se condena al acusado a la pena de diez años de prisión y se declare la responsabilidad en abstracto; sin embargo, al estar pronto a cumplir las dos terceras partes de la pena, busca beneficiarse con la libertad condicional, pero el Juez de Vigilancia, no se la otorga, debido a que no ha cancelado la obligación civil proveniente del delito, tal como señala el Art. 85Pn. Aquí que hace el condenado, sino puede cumplir esa obligación por no tener un monto establecido a pagar y no es culpa de él, pero el Juez penitenciario se la deniega. Algunos Jueces de vigilancia, son tan literales que si no paga la responsabilidad civil, no atienden la pretensión del condenado; pero otros de mejor avanzada en derecho constitucional, dan respuesta accediendo a esa petición, bajo el argumento que no hay prisión por deudas, separando ambas pretensiones, o sea la penal de la civil, esto bajo lo dispuesto en el Art. 27 Inc. 2do.Cn que dice: “Se prohíbe la prisión por deudas...”. Si bien no está reglado en la ley, el condenado puede optar por solicitar una audiencia especial, a efecto comparezca el actor civil y busquen a través de la conciliación regulada en el CPCYM, ponerse de acuerdo y amistosamente saldar esa deuda, para facilitar al Juez penitenciario tomar una decisión favorable al condenado y en beneficio a la víctima.

responsabilidad civil y que el favorecido haga los tramites de ley para su ejecutoria.²⁶⁸ También, que el mínimo de Juzgadores toman a bien condenar en abstracto, bajo el argumento de la falta de prueba en lo concerniente a la responsabilidad civil; dentro de estos Jueces se encuentran los que integran el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador.

Llama la atención, que los Juzgadores entrevistados que deciden condenar bajo el criterio de la existencia del daño moral, también expresan que la norma procesal no se los prohíbe y que en muchas ocasiones guiados por resoluciones dictadas en casación por la Sala de lo Penal, es que toman esa decisión, siendo evidente con ello que no se percatan que ésta ha variado ese tipo de criterios.²⁶⁹

²⁶⁸Criterio que más parece una decisión arbitraria de los Jueces, dado que a pesar que no exista prueba respecto a esas secuelas dejadas por el delito, presumen esa afectación y por ello se encantan por condenar por daños morales y fijan una cantidad monetaria, sin más explicaciones en la sentencia que convenza a la parte afectada.

²⁶⁹Sentencia de Casación, Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ref. 11-CAS-2004, sobre la responsabilidad civil, es necesario aclarar, que los inconformes impugnan la sentencia en forma genérica. Así mismo hace alusión a cierta jurisprudencia pronunciada por este Tribunal, sobre este aspecto se tiene que aclarar a los impugnantes que las resoluciones son para cada caso en concreto y obedecen a sentar ciertos criterios que son claves, porque existen hechos que por su naturaleza obvia, notoria y clara, dejan daños de los cuales no se requiere acreditar su existencia o se presentan casos donde la acreditación ya está fincada dentro del proceso y lo que se necesita solamente es el acto formal de ofrecimiento e incorporación y ante ese incumplimiento el Juez penal podrá pronunciarse con esa información en el fallo civil; es decir que no es simple como órgano persecutor del Estado afirmar que el Juez en todos los casos estará obligado a fijar el monto de la responsabilidad civil en la sentencia y así relevarse de la responsabilidad de acreditar no sólo los hechos producidos del ilícito penal sino también los montos del pronunciamiento civil. Así mismo este Tribunal tiene claro que el delito como tal no produce otro efecto jurídico que la pena y el acto que lo constituye, el que puede originar a la vez consecuencias jurídicas privadas. De ahí que no podemos hablar en estricto sentido de responsabilidad civil derivada del delito, sino de la responsabilidad derivada del daño causado por la acción u omisión delictiva. Es por tal razón que la ley faculta al Juez penal para resolver las cuestiones civiles vinculadas al hecho penalmente relevante, cuyo fundamento radica en razones de economía procesal, para evitar que el perjudicado realice lo que comúnmente se le llama *peregrinaje de jurisdicciones*. De acuerdo a lo anteriormente planteado y por el principio dispositivo del proceso las partes deben de probar sus pretensiones y sólo en el supuesto de imposibilidad de hacerlas valer, cabe la intervención oficiosa del Juez, pero en el caso de mérito los Fiscales sólo hacen relación a su pronunciamiento y que de esa forma automáticamente el juzgador debe de hacerlo, sin argumentar o justificar si tuvo o no algún impedimento en acreditar el monto de la responsabilidad civil, circunstancia que este Tribunal pretende aclarar y adicionar a las sentencias anteriormente relacionadas, que sobre esta misma materia se han pronunciado, que si bien es cierto que el mandato que proporciona el Art. 361 Inc.3° PrPn., es una prescripción que vincula al Juez sentenciador, cuando condene a fallar sobre la responsabilidad civil, pero en los casos que en el proceso no hubiere podido determinarse con precisión la cuantía de las consecuencias civiles, y determinar ciertos criterios, como la naturaleza del hecho y los demás elementos que se hubieron podido recoger, resulta entonces que deben existir datos concretos y objetivos para que se realice dicho pronunciamiento de condena o absolución sobre este aspecto. Por lo que el ministerio fiscal no debe permanecer parco en las promociones de las acciones civiles y debe darles el seguimiento y contextura acrediticia de los montos de las consecuencias civiles del delito y cuando se vea en la imposibilidad de acreditarlos es su deber el manifestar cuál fue el obstáculo que le impidió hacerlo o si es tan objetivo las secuelas de los daños causados, el Fiscal debe argumentarlo en la debida forma, resultando lógico pensar que el Juez debe pronunciarse sobre los

Hoy en día, el legislador en el inciso tercero del Art. 399 PrPn, refiere que “cuando los elementos de prueba referidos a la responsabilidad civil no permitan establecer con certeza los montos de las cuestiones reclamadas como consecuencia del delito, el Tribunal podrá declarar la responsabilidad civil en abstracto, para que la liquidación de la cuantía se ejecute en los juzgados con competencia civil”.

No obstante existir norma legal para fijar la condena en abstracto, hay sentenciadores que siguen resistiéndose a su aplicación, prefiriendo mantener el criterio anterior²⁷⁰; aunque es innegable que antes de la vigencia de la normativa adjetiva vigente, ya habían Jueces que se aventuraban a la condena civil en abstracto, entre estos se encontraba el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, a pesar de las críticas recibidas por los mismos pares, pero no se mencionaba la exigencia de liquidación alguna, lo que se continúa haciendo en la actualidad.

Se considera de manera excepcional que se puede condenar civilmente en abstracto, cuando verdaderamente no hay prueba para establecer su monto, lo que debe motivarse y justificarse las razones de la falta de determinación en la acusación sobre ese monto; con esto se evitaría abuso de las partes y especialmente del sentenciador y que la víctima de ambule buscando justicia en otros Juzgados.

4.5. LA FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA

Finalizada la vista pública corresponderá al Juez sentenciador pronunciarse sobre las pretensiones planteadas por las partes, lo que implica que a tenor del Art. 172 Inc. 3ro. de la Constitución de la República, debe motivar la decisión tomada, para así dotar de eficacia su contenido y por consiguiente sus derechos fundamentales, a fin de garantizar la seguridad jurídica²⁷¹ y el derecho de

mismos. El órgano persecutor del Estado, se muestra bastante retraído cuando alega en el juicio la responsabilidad civil del delito y se fundamenta sólo en la promoción de la acción penal.

²⁷⁰Art.361 Inc. 3ro.PrPn derogado: “En la sentencia condenatoria el Tribunal resolverá igualmente sobre el monto de la responsabilidad civil, la persona que deba percibirla y los obligados a satisfacerla. Si en el proceso no hubiere podido determinarse con precisión la cuantía de las consecuencias civiles del delito, el Tribunal las fijará tomando en cuenta la naturaleza del hecho, sus consecuencias y los demás elementos de juicio que hubiere podido recoger”.

²⁷¹La Sala de lo Constitución, se ha pronunciado diciendo, que el deber de motivación se deriva del derecho de seguridad jurídica y defensa, contenidos respectivamente en los artículos 2 y 12 Cn, así conforme a estas disposiciones toda autoridad en garantía a la seguridad jurídica y derecho de defensa, se encuentra obligada a motivar sus resoluciones, a fin de que la persona conozca los motivos considerados para proveer la decisión y pueda defenderse utilizando los medios impugnativos previsto por la ley, si se encuentra inconforme con la

defensa de las personas que pueden verse afectadas con la resolución judicial, la cual una vez puesta en su conocimiento permite interponer los recursos que ya la misma ley adjetiva ha establecido, cuando no esté conforme con ella.

Es de tener claro, que el deber de motivación no se satisface con solo invocar los fundamentos jurídicos, sino que requiere conocer cuál fue el método o camino adoptado por el Juez para restringir derechos fundamentales; motivación que no requiere grandes letanías de razones del porqué se llegó a la decisión tomada, basta que sea clara, breve y sencilla esa comprensión a la que debe apegarse toda autoridad cuando vaya afectar ese tipo de derechos; de ahí, entonces que toda providencia judicial debe explicitar los motivos que respaldan su adopción, con la advertencia que por esa omisión puede responder por daños y perjuicios.²⁷²

Con facilidad suelen confundirse conceptos que se encuentran íntimamente relacionados entre ellos, así como: “Argumentar”, “Fundamentar” y “Motivar”, lo que es necesario aclarar para evitar yerros al momento que se tome la decisión de resolver una pretensión de cualesquiera de las partes del proceso, por lo que brevemente se hará referencia a ellos, aun cuando no son la temática nuclear de este trabajo.

4.5.1. Argumentar

La argumentación, es un tipo de exposición que tiene como finalidad defender con razones o argumentos una tesis, es decir, una idea que se quiere probar o sustentar una hipótesis. Es también el arte de organizar razones para persuadir o disuadir a un auditorio; es una Disciplina que estudia las técnicas discursivas que permiten persuadir o disuadir a una o muchas personas sobre la tesis que propone un orador o escritor. De ahí entonces, que la argumentación, es una actividad cotidiana y necesaria en la vida de todo profesional, sea este Abogado, Médico, etc.

resolución. Lo indicado se debe a que, en aquellos casos en los cuales la autoridad no manifiesta los motivos que justifican su pronunciamiento, el involucrado ignora las razones de la resolución proveída, lo cual provoca dificultad para utilizar los recursos, incidiéndose directamente en el derecho de defensa y seguridad jurídica de la persona. Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitución, año 2006, pág. 413.)

²⁷²Sentencia de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional, bajo la ref. 125-2003 de fecha 28 de enero del 2004, se manifiesta diciendo, que la obligación impuesta a las autoridades judiciales de dejar claramente consignadas las razones fácticas y jurídicas que determinan una restricción o privación de un derecho fundamental de cualquier persona sometida a juicio. Esa motivación exigida debe reflejar la ponderación de derechos efectuada por el Juez, previo a decidir la privación o no de un derecho constitucionalmente protegido.

4.5.2. Motivar

Es la obligación de citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos en que se apoye la determinación adoptada, a través de la cual la conducta se ajusta a la normal legal. El Juez no justifica sus actos por la mera cita de preceptos en sus resoluciones, la fundamentación debe ser completada con la motivación de la decisión, es decir, con la expresión precisa de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se han tenido en consideración para la emisión del acto.²⁷³

Motivar, implica incorporar en la sentencia las razones fácticas y jurídicas que han inducido a resolver en un determinado sentido, por lo tanto ésta constituye un instrumento que garantiza la decisión jurisdiccional que no sea arbitraria.²⁷⁴

La motivación: es explicar judicialmente las razones por la que se adopta una determinada decisión; exige que se exprese el valor que el Tribunal da a la prueba capaz de demostrar en el proceso la existencia de los sucesos y el razonamiento de inferencia que lo ha llevado a la existencia de un acontecimiento, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, como la lógica, la experiencia común, la derivación, razón suficiente; caso contrario la decisión se constituiría en ilegítima.

Es un requisito formal que en la sentencia, la motivación no se puede omitir, constituye el elemento eminentemente intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, mediante la cual el Juez apoya su decisión y que se consignan habitualmente en los considerandos del pronunciamiento, ésta debe estar sujeta a cierta forma y debe tener cierto contenido. La forma comprende lo relativo al modo de emisión de la sentencia, como la escritura. Por su contenido, la motivación debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica.

²⁷³Dentro de los defectos de la sentencia que habilitan la apelación, según el Art. 400 PrPn, se encuentran la falta de fundamentación, la insuficiencia de la fundamentación, cuando solamente se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice como fundamento el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales. Mas específico es el Art. 217 CPCYM, que obliga a esa fundamentación de derecho, razonando los hechos probados o no probados, describiendo las operaciones de fijación de hechos y valoración de las pruebas donde se dé respuesta a las pretensiones de las partes.

²⁷⁴En sentencia de Casación, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ref. 668-CAS-2007, del 29 de septiembre del 2009, ha referido que la motivación de las resoluciones judiciales tanto de hecho como de derecho, es la explicación judicial en el pronunciamiento de las razones por las que se ha adoptado una determinada decisión.

Es expresa, porque exige que el Juzgador consigne las razones que determinan la condena o absolución, que dé sus propios argumentos de modo que sea controlable el iterológico seguido por él para arribar a la conclusión. Es Clara, en la sentencia el objeto del pensar jurídico tiene que estar claramente determinado, de la manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la lean. Es Completa, la exigencia comprende a todas las cuestiones fundamentales de la causa, y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. Debe referirse al hecho y al derecho, valorando las pruebas y suministrando las conclusiones a que arribe el Tribunal sobre su examen, sobre la subsunción del hecho comprobado en un precepto penal, y sobre las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan. Es Legítima, se refiere tanto a la validez intrínseca de las pruebas valoradas en la sentencia, como aquellas que provengan del debate. Es lógica, en este punto se hace referencia al sentido de razón del juicio de la sentencia, con lo relativo a la valoración de las pruebas y determinación de los hechos demostrados por ellas.²⁷⁵

4.5.3. La fundamentación.

En el caso de una sentencia definitiva, ha de reunir requisitos básicos para efectos de evitar un vicio de la misma, que dé lugar a tener por estimada una apelación por falta de esa fundamentación, o sea insuficiente o contradictoria, lo que implica poner atención y dar cumplimiento a lo concerniente a la fundamentación descriptiva, fáctica, intelectual y jurídica, tomando en cuenta las leyes fundamentales de coherencia y derivación y los principios lógicos de Identidad, Contradicción, Tercero Excluido y Razón suficiente, que son el talón de Aquiles de la sentencia y por ello se retomara a cada una.

²⁷⁵Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal, año 2011, pp. 480-483, dice que es necesario recordar, que para contemplar como válida la fundamentación de la resolución judicial objeto de impugnación, es requerido la concurrencia de ciertas características, como lo son, que sea clara, completa, legítima y lógica, lo que implica, que debe contener un lenguaje sencillo y explícito, con la solución de todos los puntos sometidos al debate, en respeto a los límites del principio de libertad de prueba, y a las reglas del recto entendimiento humano, que conlleva a la obligación de dar las razones de cada una de las decisiones adoptadas en el fallo con justificación en los elementos de prueba que fueron inmediados, refiriéndose tanto a las cuestiones de hecho como de derecho.

4.5.3.1. La Fundamentación descriptiva²⁷⁶ o fundamentación probatoria descriptiva.

Consiste en describir dentro de la sentencia cada elemento de prueba que se ha incorporado e immediado en el juicio, pero solamente los aspectos más sobresalientes, lo cual servirán para que cualquier persona que lea la sentencia sepa de donde obtiene la información el Juez para llegar a una conclusión, transparentando de esa forma su decisión fuera de toda arbitrariedad; así por ejemplo de un testigo, solo debe describirse lo pertinente al caso; sin embargo, tampoco es válido que haya omisión de descripción de prueba a valorar, ya que de hacerlo habría una selección arbitraria, lo que acarrearía una falta de fundamentación.²⁷⁷

En razón de ello, es de tomar en cuenta que no toda prueba ha de incorporarse en el juicio y por consiguiente describirse, ya que atendiendo a la legalidad de la prueba, que señala el Art. 175 PrPn, solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a lo establecido en esta ley procesal. De igual forma es de referirse en cuanto a la pertinencia de la prueba.

Se hace referencia a ello, debido a que es común que en los dictámenes de acusación, se pide la admisión de documentos que no reúnen requisitos para ser admitidos, pero el Juez instructor sin fundamento los admite y en muchos casos no es advertido por el sentenciador y la incorpora al juicio, sin hacer ningún pronunciamiento con el silencio de la parte que le perjudica, obviando que el Art. 372 PrPn, no la señala textualmente, existiendo mayor problemática en lo concerniente a diligencias iniciales de investigación²⁷⁸, actos iniciales de investigación²⁷⁹ y actos urgentes de

²⁷⁶CAFFERATA NORES, José, “*Algunos aspectos de la motivación de la sentencia temas de derecho procesal penal*”, pp. 284-91, refiere que si se incluye sin valoración la prueba, habrá falta de fundamentación intelectual; y a la inversa, si se incluye la apreciación del material probatorio sin transcribirlo previamente, habrá falta de fundamentación descriptiva.

²⁷⁷El Tribunal de sentencia es libre para seleccionar el material probatorio en el cual apoyará su decisión, pero ella no puede ser utilizada de forma parcial, pues la omisión en la valoración de ciertos elementos de prueba, constituiría un caso de selección arbitraria de los mismos, circunstancia que afecta el principio lógico de razón suficiente, ya que no se suministran las deducciones obtenidas de las probanzas, que inciden en la ausencia de justificación de la decisión y al no emitirse pronunciamiento de todos y cada uno de los elementos de prueba, independientemente sea otorgado o restando de valor probatorio, se demuestra un irrespeto a las reglas de la sana crítica, dado que no es posible controlar si la convicción judicial ha sido rectamente formada, es decir que las conclusiones producto del estudio de la prueba con certeza sean derivadas de éstas. Por tanto, se constituye un vicio en la sentencia que vuelve a la fundamentación insuficiente y nula la resolución, debiendo por ende, casarse la misma y ordenarse la realización de la nueva vista pública. (Líneas y criterios jurisprudenciales, Sala de lo Penal, año 2009, p. 25.

²⁷⁸Actos de Investigación: Son todos aquellos actos realizados durante la etapa de investigación e instrucción por el ministerio público y la policía, que tienen por objeto obtener y recoger los elementos de prueba que serán utilizados en forma mediata para verificar las proposiciones de los litigantes durante el juicio. Actos

comprobación²⁸⁰, las que generalmente van enfocadas a la probanza de la responsabilidad penal, no así a la civil, no obstante corresponderle al ente Fiscal en su calidad de actor civil ofrecerla para que su pretensión en lo concerniente a la responsabilidad civil logre sus frutos en favor de la víctima, la que ha de entenderse que debe regirse conforme a la ley de la materia, tal como lo señala el Art. 244 PrPn, en relación con el Art. 276 No. 9 CPCYM, que obliga al ofrecimiento y determinación de la prueba, lo que implica que ha de describirse su contenido.

De ahí que, en la práctica está teniendo relevancia los criterios de las Cámaras de lo Penal en San Salvador, en cuanto han entrado a reglar lo concerniente a la prueba documental y pericial, con claras diferencias entre ellas, ya que mientras unas no son exigentes en la presencia al juicio del perito o testigo que practicó la pericia o expidió el documento; otras si lo exigen, salvo que se haya estipulado prueba, ello es de tenerlo claro por el sentenciador al momento de dictar la sentencia, para no incurrir un vicio que habilita apelación, que está referida a que la sentencia se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio.

Es de dejar sentado, que el legislador al referirse a la incorporación mediante lectura de la prueba en juicio del Art. 372 PrPn, lo hizo pensando solo en lo que respecta a lo concerniente al delito penal, no así, a la probanza de la responsabilidad civil que es consecuencia de ese injusto penal; por lo que el ofrecimiento de prueba debe hacerse por el actor civil al constituirse como tal, pero al tratarse del Fiscal, este en su dictamen de acusación, debe entender que el objeto de la prueba en ambas acciones y pretensiones, es diferente y por lo tanto debe tratarse de manera diferente, pero dentro del mismo proceso penal, bajo las reglas establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil, situación de la que ninguna de las Cámaras mencionadas ha dado seguimiento para unificar criterios que respondan a dar protección a la víctima.

iniciales de investigación: Son todas aquellas actividades o procedimientos por medio de los cuales se tiene conocimiento de un hecho que, en un primer momento, aparentemente reúne los caracteres de un hecho punible, Posibilitan el primer contacto con el eventual hecho punible. Como se inicia: de oficio, por denuncia, por querrela, por aviso.

²⁷⁹ Actos de Prueba: Son todos aquellos actos realizados por las partes ante el Tribunal del juicio oral con el objeto de incorporar los elementos de prueba tendientes a verificar sus proposiciones de hecho, efecto de convencer al Juez que sus afirmaciones de hecho corresponden a la verdad de lo sucedido

²⁸⁰ Así por ejemplo se admiten e incorporan diligencias de investigación

4.5.3.2. La Fundamentación fáctica

No es más que tener por demostrado los hechos probados que han sido legalmente introducidos al debate, los que deben describirse de forma clara, precisa y circunstanciada y que se relacionan en la sentencia como los hechos sometidos a juicio y que deben confrontarse entre ellos, para justificar la relación que tienen entre sí, en respeto al principio de congruencia²⁸¹ para evitar un vicio de la misma que habilitaría apelación. Además deberá mencionarse los elementos probatorios legalmente incorporados al juicio con los que esos hechos probados se tienen por establecidos,²⁸² no siendo válido solo la transcripción en la sentencia los hechos descritos en la acusación para tenerlos como probados.

4.5.3.3. La Fundamentación analítica o intelectual

En este apartado se valora la prueba bajo las reglas de la sana crítica²⁸³, iniciándola primero de forma individual y señalando su valor probatorio, para luego mezclarla haciendo una valoración en su conjunto para arribar a una conclusión²⁸⁴. No basta que se diga por ejemplo, que no se le cree a

²⁸¹Principio de Congruencia, determina que la sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y admitidos en el auto de apertura a juicio o en su caso en la ampliación de la acusación, conforme lo señala el Art. 397 y 410 No. 9 PrPn.

²⁸²En Sentencia de Casación, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la causa marcada bajo la Ref. 170-CAS-2006, del 04 de febrero del 2009, dice, que la fundamentación fáctica no supone una mera transcripción del evento que originó la persecución penal, sino que a través del examen de las pruebas el juzgador confirmará o nos hechos propuestos e igualmente considerará el derecho aplicable, esto es, la subsunción de dicha material fáctico a una norma jurídica concreta; es decir son los hechos acreditado, dentro del cual han sido establecidas de manera específicas las circunstancias de modo, tiempo y ubicación temporal sobre cómo se produjeron los hechos.

²⁸³Refiere el Art.416 CPCYM, que el Juez o Tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica; pero aclara que la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado, lo que provoca una limitante a esa sana crítica; véase que el Art.341 PrPn, señala que los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en lo mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide. En cuanto a los instrumentos privados, estos hacen prueba plena de su contenido y otorgantes si no ha sido impugnada su autenticación o ésta ha quedado demostrada; caso contrario se valoraran conforme a las reglas de la sana crítica. El Art. 179 PrPn, establece que los Jueces deberán valorar, en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las pruebas lícitas, pertinentes y útiles que hubiesen sido admitidas y producidas conforme a las previsiones de este Código.

²⁸⁴Ha sido claro el legislador en el Art. 416 Inc.3ro. CPCYM, que el Juez debe atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinado si conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Así también el Art. 216 Inc.2do. de esta misma ley procesal, refiere que la motivación será completa y debe tener en cuenta todos y cada uno de los elementos factos y jurídicos del proceso, considerados individualmente y en conjunto con apego a las reglas de la sana crítica. En cuanto a la valoración de la prueba pericial, el Art. 389CPCYM establece que ésta será valorada conforme a las reglas de la sana crítica tomando en cuenta la idoneidad del perito, el contenido del dictamen y la declaración vertida en la audiencia probatoria, según el caso. Sin embargo al hacer alusión a la prueba indiciaria, el Art. 415 Inc.2do.PrPn, obliga a que cuando un hecho que se declara probado en la sentencia se sustente en presunción

un testigo o que se le cree o que el testimonio es oscuro, ambiguo, inconsistente o que el peritaje es claro; debe de explicarse porque esa afirmación.

4.5.3.4. Fundamentación jurídica.

Es la explicación que el Juez da al considerar que los hechos probados se enmarcan en un supuesto jurídico. Su base es la descripción circunstanciada del hecho que el Juez tuvo por probado por medio de su inferencia inductiva. Aunque, no debe de describirse el hecho probado utilizando las palabras o enunciados contenidos en el tipo penal, para tenerlo por subsumido en la conducta prohibida, así, por ejemplo: no debe decirse que se cometió un robo con violencia física sobre las personas, debido a que son las mismas palabras que se mencionan en ese tipo penal; sino deberá decirse que quedo probado que hubo una acción de desapoderamiento de una cosa mueble, ajena que se consumó mediante la doblegación de la voluntad de la víctima al ser golpeada fuertemente en diferentes partes del cuerpo; no debe decirse que el imputado penetró a la habitación de la víctima y la mató alevosamente, sino que deberá decirse que el imputado penetró a la habitación de la víctima y la mató mientras dormía; al decir mientras dormía, estamos describiendo materialmente la situación de ausencia de peligro para el imputado, lo que constituye la alevosía.

Es de considerar que, el Juez debe evitar la omisión de aspectos relevantes de la figura delictiva aplicada. Si el Juez se limita a transcribir textualmente la letra de la ley, haciendo algunas manifestaciones genéricas sobre la existencia del hecho y de la prueba que lo responda, incurre en una fundamentación parcial o insuficiente; hay omisión, pues deja de explicar un extremo esencial. Sin embargo, no debe repetirse las palabras o enunciados de la norma penal, sino que se ha probado la conducta, pero con otras palabras que arriben a todo el contenido del tipo penal, mencionando el artículo del derecho sustantivo.

También se debe evitar el exceso en las explicaciones que se genera por la cita innecesaria de tesis jurisprudenciales o jurisprudencias definidas inaplicables; para evitar este exceso el Juez puede hacer uso de precedentes constitucionales y explicar con sus propias palabras porqué esos precedentes son aplicables al caso concreto; lo mismo debe hacerse tratándose de citas doctrinarias.

judicial, será obligatorio que el Juez establezca el enlace racional y argumentado que le hubiere llevado a establecerlo, a partir de los indicios probados.

Al hacer referencia a la responsabilidad civil, se tiene por fundamentada una decisión judicial, siempre y cuando las conclusiones que la sustentan permitan entender sin esfuerzo alguno, lo cual exige que las conclusiones plasmadas por la autoridad judicial proveedora sean adecuadas, concretas y razonables.

En este apartado el Juez debe hacer una inferencia inductiva judicial para llegar al conocimiento probable de la verdad procesal; es decir de lo particular a lo general, siendo básico hacer uso de un silogismo puro, diciendo: Premisa Mayor: descripción del hecho que se ha de explicar. Premisa menor: las pruebas practicadas para probar o explicar el hecho. Conclusión: el hecho que se considera probado o explicado; aunque es de aclarar que, la verdad de las premisas en la inferencia inductiva no implica nunca la verdad en la conclusión, pues aunque las premisas sean verdaderas, la conclusión será solo una relevante probabilidad de que la conclusión sea verdad, ya que existirán otras alternativas de solución posible y por ello no hay certeza absoluta de la verdad de la conclusión.

4.5.4. Leyes del Pensamiento.

La lógica formal estudia las formas en que un juicio deriva de otros, la armazón y la estructura del conocimiento ya formado a base de unas leyes que determinan la conexión precisa y esencial que existe entre las ideas de razonamiento²⁸⁵; de ahí entonces que las leyes del pensamiento están constituidas por las leyes fundamentales de coherencia y derivación, y por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente.

Se entiende por coherencia de los pensamientos la concordancia o conveniencia entre sus elementos. Por derivación, se entiende que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado, salvo que se trate de un principio, es decir, de un juicio que no es derivado, sino el punto de partida para otros.

²⁸⁵ VALENCIA RENDEROS, Oscar, *“El Proceso de la Lógica,”* San Salvador, 1981, Editorial sin nombre, p. 10. Refiere que con base en estas leyes, la lógica formal se aboca al estudio de las relaciones entre los juicios dentro de un sistema de razonamientos para poner de manifiesto las formas y las reglas en que un juicio deriva de otros anteriormente, Un razonamiento que no se atenga a las leyes de la lógica formal no conduce a un conocimiento objetivo verdadero puesto que su infracción es inadmisibles. La lógica estudiará siempre los procesos del pensamiento para descubrir los elementos racionales que los constituyen, esto es, los juicios, por otro indagará las relaciones mutuas y las influencias reciprocas que existen entre el pensamiento y la realidad.

El Principio de Identidad, es un principio clásico de la lógica y la filosofía, según el cual toda entidad es idéntica a sí misma; en otras palabras, todo objeto es idéntico en sí mismo, por ejemplo, Pedro es idéntico a sí mismo; el sol es idéntico así mismo, Su fórmula será "A es A".

El Principio de Contradicción, constituye la piedra angular en la aplicación del sistema de la sana crítica racional; a partir de este principio, no es posible emitir dos juicios respecto de un sujeto dentro de una misma relación lógica, si uno de ellos implica la negación del otro. De ahí, que lo contradictorio en la motivación de una decisión judicial, reside en el empleo de dos proposiciones inconciliables o antagónicas, donde una de ellas, excluye necesariamente a la otra. Su fórmula representativa será: "A es A y A no es A, no son ambos verdaderos a la vez", en otras palabras: "El ser es y no puede a la vez no ser".

El Principio Lógico del Tercer Excluido, refiere que dos proposiciones contradictorias no pueden ser ambas falsas, ni ambas verdaderas. Necesariamente una de ellas debe ser verdadera. Así, por ejemplo, el sol es una estrella. Por el principio de contradicción no podemos considerar ambas como verdaderas, y por el principio del tercer excluido no podemos aceptar que ambas son falsas. Luego, se sigue que si una es verdadera la otra es falsa y viceversa. Su fórmula será: "A o es A o no es A y no hay una tercera posibilidad", por ejemplo, decir que "el perro es un mamífero" y que "el perro no es mamífero", no podemos rechazar estas dos proposiciones como falsas, pues no hay una tercera posibilidad. A través de este principio se reconoce que una alternativa es falsa y otra verdadera y que no cabría una tercera posibilidad. Otro ejemplo será "una mujer no puede estar media embarazada", se está embarazada o no lo está. De esto se sigue que: entre dos proposiciones contradictorias, si la primera es verdadera, la segunda será falsa, y si la segunda es verdadera la primera será falsa.

El Principio de Razón Suficiente, tiene su origen en la Ley de la Derivación, que postula: todo razonamiento debe ser derivado, es decir, ha de provenir de inferencias o deducciones coherentes. En virtud de este Principio, la validez de cualquier proposición debe de ser producto de suficientes fundamentos que le dan consistencia, a través de los cuales aquella se tiene por verdadera. Este se enuncia: "Nada es sin una razón suficiente"; en otras palabras, nada ocurre sin razón.

Bajo las anteriores consideraciones, el sentenciador deberá subsumir los hechos al derecho y pronunciarse sobre la responsabilidad civil en abstracto, si fuere procedente, lo que debe hacer motivadamente, indicando las razones del por qué no pudo fijar una cuantía económica con la prueba incorporada al juicio y se decantó por esa abstracción, para que en la jurisdicción civil se concrete, previa liquidación.²⁸⁶

No fundamentarse la sentencia, será responsabilidad del Juez sentenciador, al incumplir un mandato que deviene de la Constitución y de la misma ley infraconstitucional, con responsabilidad por los daños y perjuicios que ello acarree, dado que no se dice nada del por qué se tomó esa decisión y que en algunos casos, por comodidad se resuelve en abstracto, pudiendo hacer un esfuerzo valorativo para fijar ese monto económico y no continuar afectando a la víctima con ese martirio de irse a la jurisdicción civil para que ahí se la determinen y la hagan efectiva, dado que de acuerdo a la legislación civil y mercantil, por la misma naturaleza de proteger derechos patrimoniales, es más rigurosa en requisitos para acceder a ella, comenzando por la procuración obligatoria, todo cual genera un costo económico que no asume el Estado, a pesar de que a través de la Fiscalía General de la Republica, se promovió en el proceso penal la acción civil correspondiente y que en la práctica, luego de finalizada la vista pública y resuelta la pretensión penal, se deja en abandono a esa persona afectada, no solo penal, sino también civilmente.²⁸⁷

²⁸⁶Claro está que si falta una motivación o fundamentación de la sentencia en lo que respecta a la responsabilidad civil, se genera un vicio de la sentencia que habilita apelación, así lo plasmó el legislador en el Art. 400 No. 4) PrPn, cuando dice que “se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando solamente se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales.

²⁸⁷La Sala de lo Constitucional, se ha pronunciado diciendo que reconoce en su sentencia la existencia de un agravio personal, la consecuencia natural y lógica de reparar el daño causado, restaurando las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto violatorio de derechos y restableciendo al perjudicado en pleno uso y goce de sus derechos violados. Por ello, el Art. 35 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en sus primeras líneas, señala el efecto normal y principal de la sentencia estimatoria; el efecto restitutorio. Ahora bien, este efecto restitutorio debe entenderse en forma amplia, es decir, atendiendo a la doble finalidad del amparo; en primer lugar, el restablecimiento del orden constitucional violado; y en segundo lugar, la reparación del daño causado. Determinada la existencia de violación constitucional en la actuación de las autoridades demandadas, su responsabilidad no puede estimarse atendiendo única y exclusivamente al daño producido, prescindiendo en absoluto de sus conductas, pues la aceptación de un cargo público, implica, por el solo hecho de aceptarlo, la obligación de desempeñarlo ajustado a las normas constitucionales, Art. 235 de la Constitución. Y es que, es precisamente la norma contemplada en el Art. 245 de la Constitución, lo que habilita a toda persona que ha obtenido una sentencia estimatoria en cualquier proceso constitucional de amparo, como el presente, a promover un proceso civil de daños y perjuicios, por regla general, directamente contra la persona que cometió la violación y subsidiariamente contra el Estado. (Amparo, ref. 1263-2002 del 7 de enero de 2004).

5. LA EJECUCION FORZOSA

Declarada firme una sentencia penal que lleva consigo la responsabilidad civil, es de tomar en cuenta dos situaciones: la primera, que es cuando se dicta una sentencia declarativa fijando un monto determinado de responsabilidad civil; y, la segunda, cuando esa sentencia se dicta solo declarando la responsabilidad civil, pero sin establecer ninguna cantidad de dinero, o sea, en abstracto.

La primera situación de las referidas en el párrafo que antecede, es decir, cuando hay una cantidad líquida, una vez firme, lo que procede es la ejecución forzosa, teniendo como base el título de ejecución como es la Sentencia Judicial firme, de aquí procede la pregunta ¿ante quién se seguirá esa ejecución?, ¿Será ante el Tribunal penal que dictó la sentencia o ante el Juzgado Civil y Mercantil competente?, interrogante que se hace debido a que se está en presencia de una antinomia, al tener dos normas legales que chocan entre sí, en cuanto a que una dice que será el Juez que dictó la sentencia el competente para continuar con la ejecución de la sentencia dictada, que en este caso sería el Juez sentenciador²⁸⁸, y la otra, que es el Juez competente en materia civil y mercantil.

Para dar respuesta a esas interrogantes, es de tener claro lo que es la jurisdicción y competencia, dada la complejidad que se presenta en materia penal, por la mezcla con lo civil, como consecuencia de una conducta que el legislador ha establecido como delito en la ley sustantiva penal con desarrollo procedimental en el Código Procesal Penal.

La jurisdicción es una función pública exclusiva del Estado, que deriva de su soberanía, con alcance de aplicación del Derecho por parte de los Jueces, que actúan para resolver los conflictos presentados. La competencia es un límite de la jurisdicción, o en otras palabras la competencia es la distribución de la jurisdicción, por razón de territorio, materia, cuantía y grado. De ahí que se diga

²⁸⁸Véase que el artículo 498 PrPn, expresamente manda que el Juez Sentenciador Penal, ejecutará la restitución de las cosas sobre las que recayó la conducta delictiva, sin decir nada en cuanto a la reparación que forma parte de las consecuencias sufridas por el ilícito penal; sin embargo, respecto a los daños y perjuicios, a tenor literal pareciera que se le da la alternativa al interesado para que la ejecute en sede penal, al incorporar el verbo regular “podrá” ser ejecutada por el interesado y que no se puede descartar, tomando en cuenta que si el sentenciador penal resolvió lo principal, porque no hacerlo en lo accesorio. A ello se agrega que el Art. 561 CPCYM, establece que el competente para ejecutar la sentencia, es quien la dictó en primera instancia, lo que también permite hacer una interpretación acorde al acceso a la justicia de la víctima en procura de que su pretensión no sea una ilusión.

que todo Juez tiene jurisdicción solo por el hecho de serlo, pero no todos los Jueces tienen la misma competencia.

En el ámbito penal, son competentes material y funcionalmente los Jueces de Primera Instancia, que incluye a los Jueces de Sentencia, de Instrucción y aquellos que a pesar de ser mixtos tienen competencia penal; y, los Jueces de Paz.

Ya en materia civil, son competentes los Jueces de Primera Instancia, que incluye a los Jueces Civiles y Mercantiles, a los Jueces de Menor Cuantía que tienen su sede en San Salvador; y a los Jueces de Paz, exclusivamente para conciliaciones. En el interior del país, son competentes los Jueces de Primera Instancia, con competencia en esa materia.

En el área civil y mercantil, la competencia es indisponible, salvo en razón del territorio, lo que implica que no depende de las partes, ni del Juez esa competencia, la cual ya es asignada por ley, que puede ser objetiva en razón de la cuantía y materia; grado, funcional y territorio²⁸⁹.

Relevante es la figura del principio de “la perpetuación de la jurisdicción y competencia”²⁹⁰, ya que a través de él, se tiene que tanto la jurisdicción como la competencia, se determinan conforme a la situación del hecho existente para el momento de la presentación de la demanda y no tiene efectos respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa.

Este principio conocido como “perpetuatio jurisdictionis”²⁹¹, según el cual la competencia del Juez después de iniciada la causa, queda insensible a cualquier cambio sobrevenido de las circunstancias

²⁸⁹ Arts. 26, 36, 37 y 39 CPCYM, estos artículos establecen con propiedad que la competencia es indisponible, siendo la cuantía y materia la que determina la competencia objetiva de un Tribunal.

²⁹⁰ En el CPCYM el legislador reguló este principio diciendo en el Art. 93, que una vez iniciado el proceso, los cambios que se produzcan en relación con el domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del proceso no afectarán a la fijación de la competencia territorial, que quedará determinada en el momento inicial de la litispendencia y conforme a las circunstancias que contengan en las alegaciones. Tan es así que fijado el objeto del proceso no puede ser modificado, alterarlo, cambiarlo ni modificarlo posteriormente; estableciéndose en los Arts. 94 y 281 CPCYM, prohibición expresa que manda que una vez establecido el objeto del proceso en la demanda, en la contestación y en su caso, en la reconvenición, las partes no podrán alterarlo posteriormente. Fijando que la litispendencia se produce, una vez que la demanda presentada es admitida.

²⁹¹ El profesor Arístides RENGEL ROMBERG, expresa en su obra “*Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*”, Tomo I, Editorial Organización Gráfica Capriles, Caracas, 2003, señala que: “... está vigente en el derecho venezolano el famoso principio de la perpetuatio jurisdictionis, tan elaborado por la doctrina a

fácticas que la habían determinado, es decir, que la competencia se mantiene inmodificable, en razón de la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda.

Lo que significa que la competencia del órgano jurisdiccional para el juzgamiento se determina por la situación fáctica que existía para el momento de la interposición de la demanda, sin que pueda modificarse dicha competencia, en razón de cambios que se generen en el curso del proceso. La perpetuación del fuero competencial se fundamenta en los principios de economía procesal y seguridad jurídica, con lo cual se busca evitarle un perjuicio a las partes, que menoscaben sus derechos y garantías constitucionales y procesales.

También es preciso señalar la existencia de la competencia funcional²⁹², con la que se establece que de manera imperativa el legislador ha sostenido que el Juez que conozca del objeto principal, conocerá también de los incidentes que se susciten dentro del mismo proceso y que se tramitan por separado.

En materia civil, el principio de la jurisdicción con la competencia funcional, así como la fijación del objeto de la pretensión, marcan esa unidad, que no permite cambiarse arbitrariamente en el desarrollo del proceso; siendo el mismo Juez involucrado el responsable por resolver la pretensión y sus incidentes.

Tomando en cuenta que hay una sentencia definitiva declarativa de condena en responsabilidad civil, con una cuantía determinada, la cual se encuentra firme, procede con ese título de ejecución

partir de la ya clásica nota de Chiovenda, según el cual, la competencia del Juez después de iniciada la causa, queda insensible a cualquier cambio sobrevenido de las circunstancias que la habían determinado (per citationem perpetuatur iurisdictio).” “...la potestad de juzgamiento y la competencia del órgano jurisdiccional, se determina por la situación fáctica existente para el momento de introducción de la demanda, sin que pueda modificarse esa jurisdicción y competencia, en razón de los cambios que se presenten en el curso del proceso. Ello, en resguardo de la seguridad jurídica...”. (RANGEL ROMBERG, Arístides, Tratado de derecho procesal civil venezolano, Editorial Organización Graf. Capriles, pág. 94, año 2000).

²⁹²La competencia funcional se regula en el Art. 38 CPCYM, y señala que “El Tribunal competente para conocer de un asunto lo será también para conocer de las incidencias que surjan sobre él y para llevar a efecto sus resoluciones, sin perjuicio de lo dispuesto para la ejecución de las sentencias”. El Art. 263 CPCYM, establece que toda cuestión incidental ya sea de carácter procesal o material, que siendo distinta del objeto principal del pleito tuviere relación inmediata con él, se tramitará en pieza separada en la forma prevista por las disposiciones de este capítulo, salvo que tengan señalada por ley otro trámite distinto.

hacer que se cumpla esa obligación de dar y la forma de hacerlo es a través de la ejecución forzosa tramitada en el juzgado civil y mercantil competente²⁹³.

Sin embargo, es de expresar que los Tribunales sentenciadores, ni el Fiscal de la causa en San Salvador, se preocupan por indicar a la víctima, que la acción de ejecución prescribe a los dos años de haber quedado firme, lo que agrava más la situación de ésta²⁹⁴, si luego de ese plazo decide hacer esa reclamación, ya que el resultado será negativo, con pérdida de tiempo y dinero invertido, sin que haya alguien que le responda por esos daños y perjuicios.

Por lo que se considera, que si el Fiscal promovió la acción civil juntamente con la penal en un proceso de orden penal, no hay razón legal que le impida participar en la jurisdicción civil para no dejar en abandono a ese sujeto pasivo que le ayudó a ganar un caso penal, exponiendo su vida o integridad física, no solo de ella, sino de su familia de forma indirecta; esto bajo la figura del Procurador oficioso²⁹⁵, a la cual debe ponerse atención y no decir que su obligación como Fiscal se termina con el logro de su pretensión de condena exclusivamente penal²⁹⁶, ya que si se aventuró a instar la acción civil y la abandona puede responder como funcionario Fiscal, por daños y perjuicios hacia esa persona que en su momento depositó su confianza, convencida de todo ofrecimiento que se le hizo.

Debe quedar claro, que por el solo hecho que la parte fiscal en un proceso penal promovió junto con la penal, la acción civil, éste en materia penal se vuelve un actor civil y así actuará en todo el desarrollo del proceso, sin que exista norma legal que lo desvincula de ese actuar; que si bien en la práctica éstos evaden esa responsabilidad, será cuestión de ir corrigiendo y apoyando con mayor

²⁹³PALACIOS, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª. Edición actualizada, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 679 refiere “que el proceso de ejecución es aquel que tiene por objeto asegurar la eficacia de las sentencias de condena, es decir de los pronunciamientos judiciales que imponen el cumplimiento de alguna prestación, de dar, de hacer, o de no hacer.”

²⁹⁴Reza el Art. 553 CPCYM “que la pretensión de ejecución prescribe a los dos años de haber quedado firme la sentencia o resolución del acuerdo y transacción judicial aprobados y homologados o del laudo arbitral cuyo cumplimiento se pretende.”

²⁹⁵Procurador oficioso, que se regula en el Art. 74 CPCYM, donde su actuación se hace a nombre de otro, cuando existan temor, amenazas o cuando se trate de una situación de emergencia o de inminente peligro, lo cual sucede en diversos delitos graves, que con justa razón se les otorga un régimen de protección de testigos.

²⁹⁶Claro está que en un inicio habrá oposición a ese nuevo rol de acceso a la justicia civil, sin hacer más engoroso la reclamación de daños y perjuicios ya declarada en abstracto, donde de tramitarse en sede civil, habrá que hacer reformas a la ley especial de protección de víctimas y testigos o hacer interpretaciones valederas para que en la jurisdicción civil se mantenga ese régimen y se dé el trámite que corresponda, dado que toda la información nominal de la víctima se mantiene, pero bajo reserva.

presupuesto y capacitación a la Fiscalía, dejando de lado a la Procuraduría General de la República, primeramente porque no conocen el caso y en segundo lugar por evitar ese contacto que conozca la identidad física y nominal de la víctima, con fuga de información, dado que en la mayoría de casos penales, actúan en defensa del acusado, con lo que se vendría a poner en peligro a la víctima y su familia.

Ello da más fuerza para sostener que sea el mismo Fiscal el que continúe conociendo en sede civil, dado que al promover la acción civil, de pleno derecho está procurando en esta materia y por consiguiente se habilita su continuación hasta la fase de ejecución de la responsabilidad civil, bajo la figura del procurador de oficio y no se justifique que su actuación llega hasta el fallo de la condena penal.

Ahora queda determinar ante quien se debe promover la ejecución forzosa al tener una sentencia penal de condena declarativa con fijación de un monto determinado en cuanto a los daños y perjuicios.

Se parte que al instarse la acción penal juntamente con la civil, el Juez penal aceptó esa competencia funcional y objetiva en el ámbito civil, lo que es una excepción a la regla general de competencia y ello tiene su razón, como evitar un doble peregrinaje de la víctima para que corra a otra jurisdicción desconocida, luego de haber pasado por un proceso penal traumático; así como también por economía procesal, donde el acceso a la justicia reparadora de esa persona que ha sufrido un daño a consecuencia de un ilícito penal, no sea una ilusión, ni un engaño por parte del Estado.

En reglones anteriores se habló de una antinomia respecto a disposiciones legales, en cuanto a la ejecución de sentencia, las que se ven confrontadas, así el Art. 498 PrPn, respecto a la ejecución de la sentencia, es claro en determinar que será el Juez Penitenciario correspondiente el que ejecute y controle lo concerniente a la condena penal.

También fue claro el legislador, que en lo relativo a la “restitución de cosas”, que forma parte del abanico de las consecuencias civiles del delito, el competente para ello, es el Juez penal sentenciador, es decir, no ha establecido que sea el Juez civil.

Sin embargo, el legisferante, no se pronunció respecto a la institución de la “reparación”, que también forma parte de las consecuencias dejadas por el delito penal, omisión, que requiere una interpretación sistemática para dar respuesta ello y así fijar que Juez es competente para hacerla efectiva.

Lo más complejo se refleja en el inciso quinto de esta misma disposición legal, cuando se dice “que la sentencia que condene en la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por el delito, así como las costas procesales podrá ser ejecutada por el interesado ante el Juez de lo civil competente”; es decir que se marcó legalmente que en lo concerniente a la restitución de la cosa, el Juez competente para su ejecución es el penal. Respecto a las costas procesales y los daños y perjuicios, se menciona que será el Juez de lo civil, quedando sin pronunciamiento lo concerniente a la “reparación”, lo que implica que a falta de pronunciamiento y atendiendo a los principios de la perpetuación de la jurisdicción y economía procesal, su ejecución ha de hacerla el Juez penal para no enviar a la víctima a la jurisdicción civil.

De la simple lectura del art, 498 PrPn tal como se menciona en el párrafo anterior, se observa la competencia de los jueces en cuanto a la ejecutoria de la sentencia; sin embargo, dentro de ese supuesto se plasmó un verbo indicativo futuro, como es que “podrá” ser ejecutada por el interesado ante el Juez de lo civil competente; lo que implica que no es imperativo y por consiguiente da la pauta de interpretación para que el interesado tome la decisión de acudir ante la jurisdicción civil o ante el Juez penal que dictó la sentencia declarativa en lo concerniente a daños y perjuicios²⁹⁷ como también que se quede callado y no haga su reclamación.

Por otro lado, se tiene lo dispuesto en el Art. 561 CPCYM, que expresa literalmente “La competencia para conocer de la ejecución forzosa de la sentencia corresponde al Juez que la hubiere dictado en primera instancia, independientemente de cual sea el Tribunal que la declaró firme...”

²⁹⁷Lo anterior estará enmarcado en la celeridad de una pronta y cumplida justicia, a favor de la persona menos protegida por el sistema y más afectada, como es la víctima, manteniéndolo en este caso como Juez natural que conoció del juicio principal con un claro conocimiento de la prueba incorporada y valorada, donde la unidad de la jurisdicción no se rompe y además porque no hay justificación válida que impida que el sentenciador penal lleve a cabo esa ejecutoria; aunque es innegable la poca existencia e impulso que el fiscal, Querellante o actor civil hacen por buscar que sean los jueces sentenciadores penales los que ejecuten la misma sentencia dictada, conformándose con la costumbre diaria en cuanto a ello, sin provocar cambios en la práctica judicial y en la jurisprudencia salvadoreña.

No se puede dejar de recalcar que se está en presencia de una excepción de la competencia funcional y objetiva, dado que la acción civil se promovió dentro del proceso penal, donde el Juez penal no declinó esta competencia material y por lo tanto se ve obligado a pronunciarse en la sentencia definitiva, lo que genera la sumisión al principio de perpetuidad de la jurisdicción²⁹⁸ y competente y a la competencia funcional, para superar ese cuestionamiento que el Juez sentenciador no tienen competencia en la parte de la ejecución forzosa, a pesar de ser éste quien dictan la sentencia definitiva en ambas pretensiones.

Respecto a ello, es de importancia traer a cuenta lo concerniente al principio de la perpetuidad de la jurisdicción y competencia, con énfasis en la competencia funcional, al estar en íntima relación, que indica que, la competencia del Juez después de iniciada la causa, queda insensible a cualquier cambio sobrevenido de las circunstancias que la habían determinado; quiere decir que si el Fiscal o Querellante fijaron unos hechos y ofrecieron prueba para probarlos dentro de los dictámenes acusatorios que presentaron, que en sede civil equivaldría a una demanda y que los Jueces la aceptaron sin cuestionamiento alguno fijaron esa competencia extraordinaria, que no es la penal y a la cual atendiendo a este principio no pueden desligarse, sin fundamento legal, más aun cuando el legislador fijó ese verbo regular en tiempo indicativo futuro, como es que el interesado “PODRA” ejecutar la sentencia en la jurisdicción civil, no indica “QUE DEBERA”.

Se está consciente y no es discutible, que el proceso penal finaliza con la sentencia definitiva firme, pero tampoco puede negarse que la fase de ejecución de la misma no se encuentra vinculada por esa sentencia firme declarativa que al tener una cantidad fijada en cuanto daños y perjuicios, adquiere la calidad de un título de ejecución. Lo que implica que al asumir el Juez penal la competencia civil, es valedero la aplicación de ese principio de la perpetuatio jurisdictionis, relacionado con otros principios, como son el de economía procesal y de acceso a la justicia, para que sea el Juez sentenciador, el que finalice en su totalidad la pretensión inicial del Fiscal, en cuanto a los daños y perjuicios ocasionados por el delito que el acusado cometió en perjuicio de la víctima.

²⁹⁸ A través de este principio, que se regula en el Art. 93 CPCYM, se manda que una vez iniciado el proceso, el objeto del proceso no afectará a la fijación de la competencia.

Se trae a cuenta el conflicto de competencia negativa No. 243-D-2011, de fecha 13 de marzo de 2012, resuelto por la Corte Suprema de Justicia²⁹⁹, suscitado entre el Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel y el Juzgado Tercero de lo Civil y Mercantil de esa misma ciudad, donde se le da la razón al primero, que no es competente materialmente de llevar a cabo la ejecución forzosa de la sentencia que dictó declarando la responsabilidad civil por la suma de ocho mil dólares, lo que no se comparte, primeramente porque ese Tribunal superior no fue categórico en expresar que no se podía acudir al Juez sentenciador para llevar a cabo esa ejecución, ya que lo que dijo fue “que el interesado puede hacer valer su pretensión perfectamente en sede civil”, es decir, no dijo “debe”; en segundo lugar, porque no consideró ese principio de la perpetuidad de la jurisdicción y competencia, ni la competencia objetiva ya mencionada, que da los parámetros legales para sostener la competencia hasta la fase de ejecución forzosa, buscando el interés de la víctima para que en un solo Tribunal y proceso se le resuelve las pretensiones penal y civil, por economía procesal y para que verdaderamente haya un acceso a la justicia reparadora.

Entonces queda que al dictarse una sentencia declarativa de daños y perjuicios en un proceso penal, con fijación de una cantidad económica determinada, lo que procede es su ejecución forzosa, siguiendo el procedimiento establecido en el CPCYM, quedándole al interesado la opción de que esa ejecución la haga efectiva ante el Juez sentenciador o el Juez civil competente, debiendo la Corte Suprema de Justicia, no impedir esa decisión en caso se presente un conflicto, bajo los mismos argumentos como ya lo hizo, temerosa del incremento de demandas que sature de más trabajo a los Jueces Sentenciadores Penales y por consiguiente a los Tribunales superiores que conozcan de los recursos que se interpongan.

²⁹⁹Este conflicto se suscitó debido a que el Juez de sentencia, absolvió al acusado de un ilícito penal, pero condenó a ocho mil dólares en concepto de responsabilidad civil y al considerar que no era competente, bajo lo dispuesto en el Art. 398 5to PrPn, sino el Juez de lo civil. La Jueza de lo civil, no acepta la competencia, aduciendo que el caso se resolvió con la norma procesal penal recién derogada, el cual forma una unidad con la fase de ejecución de la misma y en ese sentido el Art. 441PrPn, recién derogado, disponía que la ejecución de la sentencia correspondía al Juez o Tribunal que la dictó. La CSJ, sostuvo que el proceso penal termina con la sentencia definitiva condenatoria que deviene de firme y que la fase de ejecución de la misma no forma parte de ese proceso. a pesar que da comienzo con esa ejecución y que constituye un incidente posterior a la finalización de ese proceso, culminándose con decir que el interesado puede hacer valer su pretensión perfectamente en sede civil. Pero no dice puntualmente que no se puede hacer esa reclamación en el Tribunal sentenciador.

6. LIQUIDACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Se está claro que a falta de una cuantía de dinero en la sentencia penal dictada en abstracto sobre la responsabilidad civil, no opera impulsar la liquidación de daños y perjuicios en ninguno de los procesos declarativos, sea Común o Abreviado regulados en el CPCYM, ya que al final arribaran a una sentencia declarativa, la que ya existe cuando el Tribunal Sentenciador Penal, declaró responsable civilmente al sujeto inculcado en un delito penal, pero en abstracto.

En cuanto a la liquidación, ésta procederá, siempre y cuando no haya una fijación de cantidad económica en la sentencia declarativa, es decir, que exista condena en abstracto, ya que sin esa cuantía la sentencia no reúne los requisitos de ley para que tenga fuerza de ejecución, lo que implica la necesidad de que se practique una liquidación previa sobre esos daños, para que tenga esa calidad y poder promover la ejecución forzosa. La pregunta será ¿dónde?, y ¿cómo?, tomando en cuenta la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia en conflicto de competencia antes comentado, donde refiere, que el proceso penal finaliza con la sentencia condenatoria firme.

No hay duda que el legislador no reguló en el Código Procesal Penal un procedimiento ágil y rápido sobre esa liquidación, ya que solo fue remisivo diciendo que al condenarse en abstracto, la liquidación de la cuantía se debe ejecutar en los juzgados con competencia civil; de ahí entonces como saber la forma y procedimiento a seguir sobre esa liquidación, que es donde está el problema, especialmente cuando la CSJ en conflicto de competencia ha resuelto que la finalización del proceso penal se materializa con la sentencia definitiva, lo que provoca que ese procedimiento deja de formar parte de esa unidad del proceso, rompiéndose ese enlace que se mantenía bajo el principio de la perpetuidad de la jurisdicción y competencia y con la competencia objetiva, la cual el Juzgador penal mantenía por el hecho de haber conocido un proceso penal, donde se instaron ambas acciones, penal y civil, lo cierto es que según la CSJ primero habrá que ir a liquidar en la jurisdicción civil, para luego proceder a la ejecución forzosa de la sentencia, de ser necesaria.³⁰⁰

³⁰⁰No se comparte la postura tomada por la CSJ, que en esa sentencia obvió pronunciarse en cuanto a lo concerniente de la reparación y restitución, las que se ejecutan posteriormente, al encontrarse firme la sentencia penal, siendo el competente para ello el Juez penal sentenciador; con ello se descarta ese criterio de la CSJ.

Al referirse a ese capítulo de liquidaciones de cantidad³⁰¹, respecto a los daños y perjuicios, es de tener claro que el objeto de la pretensión, es y será únicamente para determinar a través de la liquidación, la cuantía de los daños y perjuicios y procede cuando se encuentra en su fase de ejecución, así, como ejemplo: en el juicio ejecutivo, donde se liquida el capital, interés, costas procesales³⁰² y establece dos supuestos para su tramitación, como son: a) Para determinar la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios, pero que en el caso de la liquidación de daños y perjuicios producto de una sentencia penal de condena en abstracto, no procede, ya que a ese momento a falta de ésta fijación de dinero, no se está ejecutando. b) Para determinar el equivalente en dinero de una obligación no dineraria, que según el Art. 692 CPCYM, se refiere a que el ejecutado no cumple la obligación de entregar cosas genéricas o indeterminadas, lo que tampoco opera en el caso en discusión; por lo que se podría decir que con respecto a la declaratoria de responsabilidad en abstracto en el ámbito penal, no hay procedimiento establecido, tomando en cuenta que este procedimiento de liquidación se enmarca ya en la fase ejecutiva.

A pesar de todo el cuestionamiento, una vez declarada esa responsabilidad civil en abstracto, es innegable que ya existe una sentencia declarativa y que lo que hace falta es liquidar para establecer el monto y así tener la sentencia esa calidad de un TITULO DE EJECUCION, tal como lo señala el Art. 554 No. 1 CPCYM, ya que de esa forma podrá realizarse la ejecución forzosa.

³⁰¹CANALES CISCO, Oscar Antonio, en su libro *“Los Procesos Declarativos (Común y Abreviado)”*, pp.131-132, refiere que la pretensión de ejecución de liquidación de cantidades regulada en los Art. 696 y siguiente CPCYM, tramitados a través del Procedimiento Abreviado, no debe confundirse con el procedimiento de liquidación de daños y perjuicios que se menciona en el Art. 696 CPCYM, ya que en el primero, lo que se busca es una declaración de un monto determinado que a ese momento no existe y que se tramita ante el Juez Civil y Mercantil; muy diferente será este último, donde efectivamente ya existe un monto de dinero establecido en la sentencia y lo que se busca es solo liquidarlo respecto a los intereses, al capital, costas procesales, etc., donde el Juez competente en San Salvador, será el de Menor Cuantía y en el interior de la República los Jueces Civiles y Mercantiles y Jueces de Primera Instancia con competencia en esta materia. Se está claro que en el caso de la sentencia penal de condena en abstracto, lo que existe es una declaratoria de responsabilidad que dio nacimiento al derecho a su reclamación a la víctima, pero a falta de esa cuantía, se busca realizar la liquidación para tener un monto económico determinado, que dé impulso a la ejecutoria forzosa de la sentencia; el problema es que sobre ello no hay un procedimiento en la ley; pero a falta de ella y haciendo una integración y sistematización de la misma legislación en la materia, ha de aplica ese mismo procedimiento del Art. 696 CPCYM.

³⁰²Este artículo es claro en expresar que “cuando en la ejecución hubiere de proceder a determinar la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios o el equivalente en dinero de una obligación no dineraria, junto con la solicitud se presentará una relación detallada que indique el importe y las justificaciones o informes que el solicitante considere pertinente. De todo ello se dará audiencia al obligado por un plazo de seis días , para conocer su respuesta”

Cabe advertir que fue objeto de discusión con cinco Juezas de los Juzgados Civiles y Mercantiles de San Salvador, en cuanto al procedimiento a seguir para efecto de esa liquidación, ya que el Art. 241 CPCYM, al hacer alusión del Procedimiento Abreviado, ha de darse el trámite que señala el Art. 418 y siguiente CPCYM, hasta finalizar con una sentencia definitiva, Art. 430CPCYM.

Sin embargo, de atender a la aplicación de este procedimiento, se estaría en presencia de dos sentencias declarativas, una en el ámbito penal y la otra en la jurisdicción civil, lo que no es posible, ya que se violentaría el debido proceso, con existencia de un doble juzgamiento.

También, fue objeto de discusión si el procedimiento de LIQUIDACION DE CANTIDADES, regulado en el Art. 696 CPCYM, es aplicable, concluyéndose que se está refiriendo a cantidades debidas en concepto de daños y perjuicios o el equivalente en dinero, pero de una obligación NO DINERARIA, a la cual se refiere el Art. 692 CPCYM, que reza si el ejecutado no cumple la obligación de entregar cosas genéricas o indeterminadas, el ejecutado podrá pedir que se le ponga en posesión de las cosas debida.

Aunque otra Juez de la misma materia civil y mercantil de Santa Ana, a pesar de no haber tenido ningún caso como el presente, refiere que a falta de un procedimiento en cuanto a esa liquidación exigida dentro de una sentencia declarativa dictada en la jurisdicción penal, es válido hacer uso de la integración de normas procesales Art. 19 CPCYM, ya que rige para situaciones similares que no tiene un procedimiento definitivo; en razón de ello, ha de aplicarse el procedimiento de la ejecución forzosa, Art.. 551 CPCYM y que vía incidental se haga esa liquidación, para que de esa forma haya una fijación de monto económico, emplazando al demandado para que voluntariamente la cancela, estableciéndole un plazo para ello y la negativa de proceder a la ejecución forzosa. Esta posición puede ser una solución al caso para que la víctima accese a la justicia retributiva; sin embargo, respecto a ese procedimiento, se buscó información en los Juzgados Civiles y Mercantiles de la ciudad de San Salvador, sin encontrar ninguna petición de sentencia civil en abstracto que procediera de los tribunales de sentencia.

Por consiguiente, al no existir un procedimiento ha de buscarse una respuesta que satisfaga la pretensión de la víctima, sin violentar el debido proceso, donde es válido traer a cuenta ese principio de integración de las normas procesales, aplicando el procedimiento por ser más sencillo, pero

adaptándolo al caso en concreto y éste es el del Art. 696 CPCYM de liquidación de cantidades, tramitado ante el Juez civil y mercantil en el interior de la República y en la ciudad de San Salvador, ante los Juzgados de Menor Cuantía, donde en caso de existir oposición ha de sustanciarse siguiendo los trámites del procedimiento abreviado, al tener competencia respecto a ello. Art. 30, 31 No. 1, 418 CPCYM.

Establecida la liquidación, ya hay un monto dinerario determinado, que unida con la sentencia penal de responsabilidad civil en abstracto, se vuelve un título de ejecución, correspondiéndole a la víctima buscar su pago, hasta llegar a la ejecución forzosa. Sin embargo, es de considerar que de acuerdo al Art. 561 CPCYM, el Juez competente para conocer de la ejecución forzosa de la sentencia, será quien la dictó, independientemente de cuál sea el tribunal que la declaró firme.

Por otro lado se encuentra el Art. 498 CPCYM, que señala que en lo concerniente a la ejecución de la pena corresponderá a los jueces de vigilancia penitenciaria. Pero en lo correspondiente a la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados por el delito, así como las costas procesales, PODRAN ser ejecutadas por el interesado ante el Juez de lo civil competente, que no es quien declaró la existencia de esa responsabilidad civil en abstracto. Aunque si dice que en lo que corresponda a la “restitución” de las cosas sobre las cuales recayó la conducta delictiva, la misma será ejecutada en la jurisdicción penal.

Cabe advertir que el legislador omitió referirse a la “reparación”, que de acuerdo al Art. 115 Pn, forma parte de las consecuencias civiles del delito. A ello es de agregar que dentro de los requisitos que debe contener la acusación, Art. 356 Inc. ultimo PrPn, se le obliga al fiscal o querellante fijar el monto de la reparación civil de los daños, dejando fuera la indemnización, restitución y costas procesales. Ello implica que habrá que hacer interpretaciones que al decirse reparación civil de los daños, está abarcando esas omisiones. De ser así, es válido decir que en cuanto a la “reparación”, el competente es el Juez sentenciador penal, según los Arts. 361 y 20 CPCYM.

A falta de un procedimiento de liquidación y atendiendo a los principios de unidad de la jurisdicción; económica procesal y de la perpetuación de la competencia, Art. 93CPCYM, y tomando en cuenta que según los Art. 42 y 43 PrPn, ambas acciones civil y penal se ejercieron dentro del proceso penal, se le dio competencia material civil al Juez penal, rompiendo la indisponibilidad de esa

competencia, Art. 26 CPCYM, lo que implica que teniendo el Juez penal de forma excepcional esa jurisdicción y competencia civil y que el Art. 399 Inc. 3ro. PrPn, manda que ella se realice en los juzgados con competencia civil, es viable que si la víctima genera esa petición al Juez sentenciador, no tendría éste que negarlo porque a ese momento es competente civilmente, de ahí que habría que generar un plazo razonable para realizarse esa liquidación y así unirla con esa sentencia declarativa que se dictó en abstracto, emplazando al perdedor para que la cumpla en un plazo determinado, para luego, de ser necesario se haga efectiva a través de la ejecución forzosa y así evitar que la pretensión de ejecución prescriba a los dos años, luego de haber quedado firme. Art 553CPCYM.

Ejecución forzosa, que bajo el mismo criterio anterior, le deberá corresponder su ejecución al mismo Juez penal que la dictó; lo que no es de rechazar, partiendo que al tenor literal del Art. 498 Inc. 5to. PrPn, se hace mención que la condena en responsabilidad civil por los daños y perjuicios como consecuencia del delito y costas procesales, PODRA, ser ejecutada por el interesado ante el Juez de lo civil competente. Ese PODRA, no es imperativo, lo que podría interpretarse que si se le dio competencia civil al Juez penal, le corresponde a éste su ejecutoria, Art. 561CPCYM, quedando a consideración de la víctima, decidir a qué juzgado, si penal o civil, promueve la acción de ejecutoria de la sentencia. Solución es la que adoptó, por ser inmediata y que resuelve el acceso a la justicia retributiva de la víctima.

Aunque otros que interpretarán que el "PODRA", se está refiriendo al derecho de acción que tiene la víctima, en cuanto si desea o no hacer esa reclamación, pero en los Juzgados Civiles y Mercantiles, lo que también es valedero, y dependerá la interpretación que los jueces puedan darle, que no escapa, que sea ésta para no complicarse en su trabajo y evitar carga laboral.

Sin embargo, a falta de conocimientos de la víctima y de la negligencia fiscal y del poco interés que muestran luego de dictarse una condena penal, con el agregado de las víctimas que gozan de un régimen de protección, cuya identidad no puede revelarse, el mismo sistema pone una barrera para que la impunidad continúe en materia de responsabilidad civil, así por ejemplo, de acuerdo a estadísticas de los cinco Juzgados pluripersonales Civiles y Mercantiles, del 01 de junio de 1020, fecha que entro en vigencia el CPCYM, al 23 de diciembre del 2012, se han tramitado 1251 procesos sobre ejecuciones forzosas, pero ninguno de ellos está referido a sentencia penal donde se declara la responsabilidad civil en abstracto.

Por consiguiente, al no existir un procedimiento ha de buscarse una respuesta que satisfaga la pretensión de la víctima, sin violentar el debido proceso, donde es válido traer a cuenta ese principio de integración de las normas procesales, aplicando el procedimiento por ser más sencillo, pero adaptándolo al caso en concreto y éste es el del Art. 696 CPCYM de liquidación de cantidades, tramitado ante el Juez civil y mercantil en el interior de la República y en la ciudad de San Salvador, ante los juzgados de Menor Cuantía, donde en caso de existir oposición ha de sustanciarse siguiendo los trámites del procedimiento abreviado.

Sin embargo, dentro de la investigación de campo que se realizó, se entrevistaron a cinco Juezas de lo Civil y Mercantil de San Salvador, quienes expresaron por separado, que desde el 01 de julio del 2010, no han recibido ninguna petición sobre la práctica de liquidación a consecuencia de una sentencia de condena en responsabilidad civil en abstracto por daños y perjuicios; aunque manifestaron estar sabedoras de la inexistencia de un procedimiento al caso de condena penal en abstracto por esa falta de cuantía.

No obstante lo anterior, consideran viable aplicar el mismo procedimiento señalado en el Art. 696 PrPn, ya comentado, en razón de dar respuesta al usuario y que se está aplicando en otros casos, a falta de un procedimiento previamente establecido³⁰³, integrando sistemáticamente las normas, lo cual en cualquier momento la parte afectada puede impugnarla al violentarse el debido proceso.³⁰⁴

A pesar de esa respuesta, se agregó que en San Salvador, no corresponde a los Juzgados Civiles y Mercantiles practicar esa fijación de liquidación, sino a los Juzgados de Menor Cuantía, donde tienen que seguir todo el procedimiento, para luego de haberse fijado ese monto de daños y perjuicios, dirigirse al Juzgado Civil y Mercantil correspondiente para proceder a la ejecución forzosa en el pago de esa obligación.

³⁰³Sin embargo, el procedimiento de liquidación de daños y perjuicios en el Departamento de San Salvador, corresponderá a los Jueces de Menor Cuantía³⁰³, quienes al fijar ese monto, dependiendo de él, enviarán el caso a los Jueces Civiles y Mercantiles, para que estos procedan a la ejecución forzosa si es procedente. Diferente es el interior del país, donde al no existir Jueces de Menor Cuantía, por ley corresponderá a los Jueces de Primera Instancia o Civiles y Mercantiles, en su caso, el trámite de la liquidación y su ejecución.

³⁰⁴El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda - legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos, ya que constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales.

Escenario anterior, que provoca un perjuicio hacia la víctima, ya que la mandan a que incurra en gastos económicos no previstos, lo que no fue considerado por el legislador mucho menos por la CSJ; para el caso de San Salvador, luego de encontrarse firme la sentencia declarativa en abstracto, se les obliga a que acudan a los Juzgados de Menor Cuantía, para que éstos procedan a la liquidación de daños y perjuicios y luego al tener fuerza de ejecución esa sentencia, se dirige a un Juzgado de lo Civil y Mercantil, siempre en San Salvador, para que proceda a la aplicación del procedimiento de la ejecución forzosa, que es otro trámite engorroso, primero en su acceso limitado por la misma naturaleza de la pretensión que requiere procuración obligatoria, que implica gastos económicos de la víctima, la que en un porcentaje alto carece de recursos económicos; en segundo lugar, por la falta de credibilidad en la administración de justicia; y por último, por lo complicado que es de acceder a este tipo de Juzgados, dada la carga saturada de trabajo y el escaso número de Juzgados en esa materia³⁰⁵ que no es proporcional con la cantidad de habitantes.

Se entrevistaron como ya se dijo antes, a doce Jueces de lo Penal de San Salvador, donde ninguno de ellos, a pesar de conocer la existencia de condena en abstracto en cuanto a la responsabilidad civil, sabía qué hacer para dar respuesta a este tipo de resoluciones, ya que vagamente referían que ese procedimiento le corresponde al Juez civil, en razón que es otra materia.

Ahora bien, si aplicado ese principio de perpetuidad de la jurisdicción y competencia, como también la competencia objetiva, antes explicada, es de preguntarse ¿Qué juzgado o Tribunal corresponderá hacer esa liquidación de daños y perjuicios?, sería al penal que acogió la competencia civil en el proceso penal o sería el civil por esa literalidad de la norma, que no permite un verdadero acceso a la reparación de la justicia.

Situación que debe quedar clara, ya que habrán víctimas que en materia penal gozan de régimen de protección de testigos y su actuación en el proceso lo hacen con un indicativo o clave, así por ejemplo: “AGUILA”, lo que implica que de acuerdo a la ley de la materia no se puede revelar su

³⁰⁵Se crearon en San Salvador, cinco Juzgados Civiles y Mercantiles pluripersonales, tres en Santa Ana y tres en San Miguel, dándoles competencia a los Juzgados de Primera Instancia del resto de departamentos para que conozcan en esta materia; la razón era resolver la mora judicial provocada por el sistema procesal civil anterior; con frustración en su implementación, ya que a medida que transcurrió el tiempo, se sobrecargaron por el poco apoyo de las autoridades de la CSJ, en cuanto a personal y logística, mostrando mayor apoyo a los tribunales penales, por ser la vitrina de todo cuestionamiento al Órgano Judicial, véase como ejemplo, que las noticias televisivas, radiales y escritas, poco o nada dicen de la problemática de estos juzgados civiles y mercantiles, pero saturan de información lo que tiene relación con el área penal.

identificación nominal, con clara advertencia de sanción penal si revela información relacionado a éste; esto complica el derecho a la tutela legal efectiva de la víctima, debido a que en la jurisdicción civil al existir procuración obligatoria, se requiere poder general o especial para actuar, la que no podrá mantenerse en reserva y por lo tanto de saberse de quien se trata y en esa razón se pone en riesgo su vida o la de su familia.

Se considera que haciendo una interpretación sistemática de las normas en la materia combinada con principios ya antes referidos y otros que inspiran los Derechos Humanos, es viable interpretar que esa liquidación de daños y perjuicios, que se encuentra amarrada a esa sentencia penal en abstracto, se haga por el Juez que conoció sobre lo principal, como es el sentenciador penal, dado que lo agilizaría por conocer el caso de primera mano y porque sería el mismo Fiscal que participó en el juicio, quien atendiendo a esa procuración oficiosa, facilitaría ese acceso a la justicia restaurativa hacia la víctima, sin protesta que no tiene competencia para ello; es más habiendo un defensor público también hace viable la participación de éste en esa liquidación, la que una vez se haga efectiva, se ejecute forzosamente por este mismo sentenciador penal.

De ahí entonces decir, que esa impunidad en lo concerniente a la responsabilidad civil, se sigue manifestando directamente hacia la víctima o familiares cercanos que se ven afectados por un delito penal, donde condenar en abstracto ha complicado más su reclamo, el cual según estadísticas de los cinco juzgados Civiles y Mercantiles, desde la vigencia del CPCYM hasta el mes de junio del 2013, se han recibido 1251 para su ejecutoria, pero ninguna relacionada a condena civil en abstracto producto de un proceso penal.

CONCLUSIONES

1.- Esta investigación permitió determinar que en materia de responsabilidad civil, producto de un ilícito penal, los Tribunales de Sentencia, de Instrucción y Jueces de Paz, en sus respectivas funciones no fundamentan ni motivan las sentencias declarativas dictadas en responsabilidad civil, por la poca importancia que se le da al tratamiento de una justicia restauradora de los daños y perjuicios sufridos por la víctima; aunque si lo hacen en materia penal.

2.- Que el Ministerio Público Fiscal, a pesar de haber promovido en un mismo proceso la acción penal y acción civil, solo se esmera por recolectar la prueba concerniente a la participación del acusado en el ilícito penal al interesarle únicamente una condena penal, ya que en adelante abandona a la víctima u ofendido para continuar con el trámite de liquidación y ejecución forzosa, quien por falta de asesoría o evitar continuar con gastos y pérdida de tiempo invertido en el proceso penal, no ejercen sus derechos en la jurisdicción civil para concretar la pretensión civil, provocando con ello una impunidad y frustración hacia la víctima.

3.- Que el legislador no ha establecido de forma imperativa que en caso de sentencias declarativas en responsabilidad civil cuando se fija una cuantía dineraria, no se pueda hacer su ejecutoria por el mismo Juez sentenciador que la dictó, para facilitarle el acceso a la justicia restaurativa a la víctima y no mandarse a otra jurisdicción, luego de haber pasado por un proceso penal difícil.

4.- Es evidente la falta de oficina fiscal que ayude o asesore a las víctimas de delitos penales que han sido favorecidos con una condena civil en abstracto o en concreto, para que así como se interesaron en recolectar la prueba y presentar el requerimiento fiscal y acusación, lo hagan también en lo que respecta a la responsabilidad civil, ya no en los tribunales penales, sino en los juzgados civiles y mercantiles.

5.- Que en la actualidad se maneja la figura del testigo con régimen de protección, quien por lo general es la víctima del delito penal y por consiguiente se vuelve un damnificado en el ámbito civil respecto al ilícito penal realizado en su contra, lo que implica que al dictarse una condena civil por daños y perjuicios, no existe un procedimiento como mantener ese régimen ante la jurisdicción civil para ejercer la liquidación de los mismos y su ejecución forzosa, tomando en cuenta que en materia

civil opera la procuración obligatoria, lo que requiere inicialmente el otorgamiento de un poder ante notario con base a la Ley de Notariado, donde imperativa ha de comparecer, identificándose con documentos que lo determinen, para luego presentar la demanda con toda la información exigidas por la ley, revelando obligatoriamente su identidad, con probabilidad de fuga de información que permita se atente contra su vida o integridad física y moral, misma suerte que podrán correr sus familiares más cercanos de hacer esa reclamación, lo que hace difícil el acceso real y efectiva en sede civil para el ejercicio de reclamación de sus derechos ya declarados en sentencia penal.

6.- Que la figura del actor civil, es letra muerta dentro del proceso penal, dado que no hay una educación sobre ella, manteniéndose la costumbre de que el fiscal es quien la asume de forma automática al ejercer la acción penal, ni se promueve dentro del gremio de abogados que asumen trabajos en el orden penal, por ser una institución que de forma separada su regulación se realiza por reglas del Código Procesal Civil y Mercantil, de lo cual estos abogados no ponen atención en aprender, ya que lo que les interesa solo es lo penal.

7.- Los jueces de Vigilancia Penitencia y Ejecución de Sentencia, no tienen claridad de lo que es la condena civil en abstracto, para efectos de otorgar beneficios a los condenados, ya que unos no la seden por falta de su cumplimiento, no obstante estar en abstracto, otros la tienen por satisfecha y que se resuelva en la jurisdicción civil; y otros que consideran que al ser una obligación civil, a tenor del Art. 27 Cn, no hay prisión por deuda y por lo tanto no le dan aplicación.

8.- La investigación determinó la falta de una unidad especializada de la Fiscalía General de la República, para que apoye a las víctimas u ofendidos de ilícitos penales ante los tribunales civiles y mercantiles, en procura de ejercitar su derecho de acción en la reclamación de la sentencia declarativa donde se fija un monto determinado en cuestiones de responsabilidad civil, mucho menos cuando se trate de sentencias que declaran esa responsabilidad, pero en abstracto.

9.- Que el Art. 498 PrPn, cuando el legislador plasma que los daños y perjuicios “podrá” el interesado ejecutarlos en la jurisdicción civil, no lo hace de una forma imperativa, sino potestativa, lo permite la posibilidad que el Juez sentenciador penal, atendiendo a esos principios de la perpetuidad de la jurisdicción y competencia objetiva, sea el que ejecute esa sentencia, en beneficio de la víctima.

10.- Que hasta el último día del mes de enero del año 2013, no se ha tramitado ningún procedimiento por liquidación de daños y perjuicios en los Juzgados Civiles y Mercantiles, y de Menor Cuantía, en San Salvador, a consecuencia de una declaración de condena de daños y perjuicios, como resultado de un proceso penal, lo que hace evidente lo inoperante de que los tribunales sentenciadores se pronuncien en cuanto a la responsabilidad civil en abstracto.

11.- Para la sociedad no habrá justicia si los ofendidos o víctimas de un delito penal, no son restituidos en sus derechos que ilegalmente les fueron arrebatados, dado el desequilibrio existente en la normativa adjetiva penal, en cuanto a la protección de los derechos de la víctima con respecto a los de los imputados, por lo que se requiere reformas legales profundas en cuanto a la protección de los derechos de las víctimas, que de paso es limitada si se confronta con la de los justiciados.

RECOMENDACIONES

1.- Que el Consejo Nacional de la Judicatura genere capacitación a los jueces de Sentencia, sobre la responsabilidad civil, con mayor énfasis en la actualización del Código Procesal Civil y Mercantil, dado que existe un vacío de conocimientos en esta materia, a la cual se aventuran solo por el hecho de estar positivizada en la ley adjetiva penal.

2.- Debe impulsarse reforma al Art. 498 PrPn, a efecto que de manera imperativa, los jueces sentenciadores de Paz o de los tribunales de Sentencia, sean los que al haber mediado la prueba y valorarla dentro del juicio penal, los que al declarar una condena civil en abstracto, tengan la competencia funcional y material en el trámite de la liquidación de daños y perjuicios, así como en la ejecución forzosa, atendiendo a los principios de la perpetuidad de la jurisdicción y competencia objetiva, con lo cual habrá un mejor acceso a las víctimas a una justicia reparadora, evitando con ello, que éstas deambule dentro del sistema judicial busca justicia por lo engorroso de los procedimientos que se realizan tanto en la jurisdicción civil como la penal.

Se propone que se reforme el inciso último del Art. 498 PrPn, relativo a la competencia, a efecto que se establezca con certeza que el Juez/za Penal que dicte en una sentencia definitiva en el orden penal juntamente con lo civil, declarando esta última en abstracto o con cuantía dineraria determinada, sea en su caso, quien la liquide y ejecute, conforme a las leyes sobre la materia.

Dice el referido inciso: *“La sentencia que condene en la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por el delito, así como las costas procesales, podrá ser ejecutada por el interesado ante el juez d lo civil competente”*.

Se propone: *“La sentencia que condene en la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por el delito, así como aquella que se declara en abstracto, una vez firme su liquidación y ejecución forzosa deben ser ejecutadas por el mismo Tribunal o Juzgado que la declaró y determinó su cuantía. Debiendo las partes procesales ya nombradas continuar hasta la finalización en lo concerniente a la responsabilidad civil, debiendo responder por su omisión pasiva, por daños y perjuicios.”*,

3.- Que se reforme la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República y se incorpore una unidad de atención y seguimiento que se encargue de asesorar y promover la ejecución forzosa de la sentencia declarativa de responsabilidad civil, como también, en caso de una condena en abstracto, sea sujeto procesal en el impulso de la pretensión respecto a esa liquidación de daños y perjuicio, ya que en la actualidad las víctimas son dejadas en abandono por la parte fiscal, luego que finaliza el proceso penal, donde lo concerniente a la reclamación civil, no les interesa.

4.- Que se reforme la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República y el Art. 74 del Código Procesal Civil y Mercantil, para que de una forma clara, se establezca que tienen la calidad de procuradores de oficio en lo concerniente a la responsabilidad civil, cuando esta sea declarada en concreto o en abstracto por los jueces sentenciadores penales, con el fin que éstos continúen defendiendo los intereses de las víctimas que forman parte de la sociedad y de esa manera éstas tenga un acceso real y efectivo a la justicia reparadora.

5.- Que se implemente mayor capacitación y concientización a los miembros de la Fiscalía General de la República, en cuanto a presentar sus requerimientos y dictámenes de acusación, con mayor interés que el mostrado actualmente en lo que respecta a la fundamentación y ofrecimiento de prueba relacionada a la probanza de la responsabilidad civil, con clara advertencia que su negligencia hará incurrir en responsabilidades administrativas o de contenido económico al responder por una demanda por daños y perjuicios.

6.- Debe reformarse La Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, a efecto que así como las víctimas comparecen como testigos en los Juicios Penales, también lo hagan de esa forma en los juzgados civiles y mercantiles, todo con el fin de proteger su identidad, la que al revelarse pone en riesgo la vida de ella y la de su familia. De igual forma habrá plantear una reforma legal a la Ley de Notariado y al Código Procesal Civil y Mercantil, para que no se revele la identidad de esa víctima.

7.- Que las Asociaciones de Abogados y el Consejo Nacional de la Judicatura, promuevan la figura del actor civil a todos los abogados dedicados a la materia penal, ya sea a través de capacitaciones

y de charlas constante que se les brinde, para que al momento de ejercer esa representación legal de la víctima se esmeren en realizar peticiones y una aceptable participación en el juicio en busca de esa pretensión en el orden de la responsabilidad civil.

8.- Que por ley se regle cantidad de montos en cuanto a la responsabilidad civil en el caso de la indemnización, tomando como parámetros, por ejemplo el Código de Trabajo, que del Art. 329 al 347, establece una tabla de evaluación de incapacidad, con porcentajes de cálculos de la indemnización a que el trabajador tiene derecho; así también la regulación que las compañías aseguradoras, todo con el fin de evitar abusos por parte de los jueces sentenciadores y dar seguridad a las víctimas en cuanto a que reclamar y cuanto reclamar.

9.- Que se establezca por ley un procedimiento de liquidación en el caso de condenas penales donde se pronuncian respecto a la condena civil en abstracto en cuanto a los daños y perjuicios, por no existir hasta este momento en el ordenamiento salvadoreño.

10.- Recomendar a los jueces sentenciadores del área penal, que al momento de condenar en abstracto la responsabilidad civil, consideren los efectos negativos en cuanto a su reclamación en la jurisdicción civil y determinen un plazo falta de prescripción su no ejercicio.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- ALSINA, Hugo: *“Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil”*, 2ª. Edic., Parte General, Edir. Soc. Anon., Editores, Buenos Aires, 1963.
- ANAYA BARRA, Salvador Enrique, *“Teoría de la Constitución salvadoreña”, Proyecto para el fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador, Unión Europea-Corte Suprema de Justicia”*, 1ra. Ed, San Salvador, El Salv. 2000.
- ARROYO GUTIERREZ, José Manuel, *Lógica Jurídica y motivación de la Sentencia Penal”*, primera edición, imprenta y Lit. Mundo Gráfico, Costa Rica, 2002.
- ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica”*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, Primera edición, 2003, segunda reimpresión, 2005.

- BACIGALUPO, Enrique: *“Manual de Derecho Penal, Parte General”*, TEMIS-Santa Fe, Colombia, 1994.
- Bernard Mainar, Rafael, en su libro *“Curso de Derecho Privado Romano”*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Ed. Casa del Libro, 2001
- Alberto M., *“Introducción al Derecho Procesal Penal”*, Segunda Edición, EDITORIAL AD-HOC, S.R.L., Argentina, 2002.
- BERISTAIN, Antonio, *“Victimología, Nueve Palabras Claves”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BONORINO, Pablo Raúl, *“La Justificación de las sentencias penales”*, 1ra. Ed. San Salvador, El Salvador.: CNJ-ECJ. 2004.
- BUSTON, RAMIREZ, J. y otro, *“Derecho Penal comparado latinoamericano, II”*, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1981.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *“Teoría General de la Responsabilidad Civil”*, 1997,
- CASADO PEREZ, José María, *“La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño”*, 1ª, ed. Editorial Lis, San Salvador, El Salvador, 2000.
- CAFFERATA NORES, José I., *“Cuestiones Actuales Sobre el Proceso Penal”*, Tercera Edición, EDITORES DEL PUERTO, S.L., Argentina, 2000.
- CAFFERATA NORES, José I., *“Eficacia del sistema penal y garantías procesales”*, EDITORIAL MEDITERRÁNEA, Argentina, 2002.
- CAFFERATAS NORES, José L. *“Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal”*. Tercera Edición, Editores del Puerto, S.L., Argentina, 2000
- CARNELUTTI, Francesco, *“Estudios de derecho procesal”*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, T. II, 1952.
- CARNELUTTI, Francesco, *“La Prueba Civil”*, 2da. Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.
- CLARIA OLMEDO, Jorge A., *“Derecho Procesal Penal”*, Tomo II, Editorial RUBINZAL-CULZONI EDITORES, Argentina, 2001.
- CLIMEN DURAN, Carlos, *“La Prueba Penal”*, primera edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CASADO PEREZ, José María, *La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño, 1ª, ed; Editorial Lis, San Salvador, El Salvador, 2000.*

- CASADO PEREZ, José María, *"Derecho Procesal Penal Salvadoreño"*, Editorial JUSTICIA DE PAZ (CSJ-AECI), San Salvador, 2000.
- CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, *"La Culpabilidad y Pena"*, 1ª. ed. JUSTICIA DE PAZ (CSJ-AECI) El Salvador, noviembre 1999.
- COLIN SANCHEZ, Guillermo, *"Derecho Mexicano de Procedimientos Penales"*, 6ª. Edición, Edit. Porrúa, México, D.F.1980
- COUTURE, Eduardo J. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 8a. Ed.Póstuma, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.
- CREUS, Carlos: *"La Acción Resarcitoria en el Proceso Pena,"* Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, Santa Fe, República Argentina, s/f.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando, *"Compendio de Derecho Procesal"*, Tomo II, Editorial ABC, Bogotá 1978.
- DAVIS ECHANDIA, Hernando, *"Teoría General del proceso"*, 5ta. Edición, revisada y corregida, sin editorial, Buenos Aires, 1984.
- DIEZ PICAZO, Luis, *"Derechos de daños"*, Civitas, Madrid, 1999 SAMBRANA MORAL, Patricia, *"Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales"*,.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *"Teoría General del Proceso"*, 3ª ed., Buenos Aires, Universidad, 2004.
- DE GONZALEZ MARISCAL, O.I., *"Derechos de las Víctimas y Ofendidos por el Delito"*, UNAM, México, 2003.
- DE AGUIAR DIAS, José, *"Tratado de la Responsabilidad Civil"*, Tomo I, Edit. José M. Mojica, JR, S.A., 1957.
- DE LA RUA, Fernando, *"Teoría General del Proceso"*, 1ra. Edición, Editorial DEPALMA, Buenos Aires, Argentina, 1991.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *"Teoría General de la Prueba Judicial"*, Biblioteca Jurídica Dike. EditorialCrucigrama. Medellín – Colombia. Año 1.987.
- DIAZ CANTON, Fernando, *"La motivación de la Sentencia Penal y otros Estudios"*, 1ª. Edición, Editorial del Puerto. Buenos Aires, 2005.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *"Tratado sobre las pruebas penales"*, México, Porrúa, 1982.

- DIEZ PICAZO, Luis, "*Sistema de Derecho Civil*", vol. II, Tecnos, 1989. ISBN 84-309-0813-7, páginas 591 y 614.
- DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. "*Sistema de Derecho Civil*". Editorial Tecnos. Madrid 1995. Séptima edición. T. II. Pág.
- DOMINGUEZ, A.C., *Conceptos fundamentales de victimología, diciembre 2008, en www.institutodevictimologia.com*
- DRAPKIN, i. "*El Derecho delas Víctimas*", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, España, 1980.*
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "*Derecho de la Responsabilidad Civil*", cuarta Edición corregida. Aumentada. Gaceta Jurídica S.A. Setiembre, 2006, Perú,
- FERRAJOLI, Luigi, "*Derecho y Razón,*", Teoría del garantismo penal, Quinta Edición, EDITORIAL TROTTA, S.A., Madrid (España), 2001.
- FLORIAN, Eugenio, "*De las pruebas penales*, Bogotá, Temis, vol. I, 1990.
- FONTAN BALESTRA, "*Carlos. Derecho Penal Introducción y parte General*", 12ª. Edición, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, 1989.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio, "*Curso de Derecho Procesal Penal*", 5ª. Edición, Edit. Porrúa, México, D.F. 1989.
- GASCON ABELLAN, Marina y otro, "*Interpretación y Argumentación Jurídica*", Consejo Nacional de la Judicatura, 1ra. Edición, 2004.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros. "*Derecho Procesal Penal*", T. Tomo II, 3ª. Ed. (tirant lo blanch), Valencia, 1989.
- GIMENO SENDRA, V. y otros, "*Los procesos Penales*", Edición Bosch, Barcelona, 2000.
- GONZALES ALVAREZ, Daniel: "*La Obligatoriedad de la Acción en el Proceso Penal Costarricense*", Notas sobre la Función requirente del Ministerio Público, ILANUD, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1986.
- GONZALEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto, y otros, "*Ensayos doctrinarios sobre el Nuevo Código Procesal*" San Salvador, Unidad de Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia, UPARSJ, Penal, 1ª. Ed. Año 1998.
- GUASP, Jaime, "*Derecho procesal civil*", Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1998
- HABERMAS, Jurgen, "*Conciencia moral y acción comunicativa*". Editorial Peninsula, 1991.

- ITURRASPE, Jorge Mosset, *Responsabilidad por Daños*, Tomo III, El Acto Ilícito, Editorial Rubinzal-Culzoni, Editores, 2006.
- ITURRASPE, Jorge Mosset, *Responsabilidad por Daños*, Tomo V, El Daño Moral, Editorial Rubinzal-Culzoni, Editores, 2006.
- LANDROVE DIAZ, G., *Victimología*, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, España, 1994.
- LOPEZ ORTEZ, J.J.CASADO PEREZ, J.M. y otros, *Código Procesal Penal Comentado*, I, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2002.
- MAIER, Julio B., *Derecho Procesal Penal, II Parte General*, Sujetos Procesales. EDITORES DEL PUERTO, S.L., Argentina, 2003.
- LOPEZ MESA, Marcelo J., *Curso de derecho de las obligaciones III*, 1ª. ed. Buenos Aires, Editorial Depalma, 2002,
- MENDELSON, B. *El Origen de la Victimología*, Vol. 3, Excerta Criminológica, Mayo-Junio, 1963.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por Daños. Eximentes*, T. II, Ediar, 1980,
- NAVAS CORNA, Alejandro, *Breve Histórico de Derecho Penal*, Colección Ciencia Jurídica No. 4, 1ra. Ed. Bucaramanga, Colombia, 1998.
- NEUMAN, Elías, *Victimología y Control Social, las Víctimas del sistema penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1994.
- NEUMAN, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos Convencionales y no Convencionales*, 2ª. ed., Edit. Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 27,
- NEUMAN, Elías, Op, Cit. *Victimología el rol de la víctima*, Editorial Cárdenas, La Mesa B.C. 1992.
- PALACIOS, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 8ª. Ed. Actualizada, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
- PALLARES, Eduardo: *Tratado de las Acciones Civiles, Comentarios al Código de Procedimiento Civiles*, Ediciones Botas, México, 1939.
- PEDRAZ PENALVA, E. y otros, *Comentarios al Código Procesal Penal*, I, ECJ, ed. San Salvador, El Salvador, 2003.
- PERELMAN, CHAIN. *La lógica jurídica y la Nueva Retórica*, Ediciones Civitas, 1998.
- PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual.* Editorial Temis. Bogotá 1981.

- PETTI, Eugene, *"Tratado Elemental de Derecho Romano"*, 9ª. Edición, Edit. Época, S.A. México, D.F. 1997.
- QUIÑONEZ VARGAS, Héctor, *"Las Técnicas de Litigación Oral en el proceso Penal Salvadoreño"*, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2003.
- RAMIREZ GONZALEZ, R., *"La Victimología"*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1983.
- RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos, *"Responsabilidad Civil"*, 2ª. Edición, Editorial Arete, Costa Rica, 2001
- ROCA, Encarna, *"Derecho de Daños"*, Editorial Tirand Lo Blanch 2000. 3era. Edición Valencia España.
- RODRIGUEZ MANZANERA, L., *"Victimología, Estudio de la Víctima"*, Editorial Porrúa, México, 2002.
- ROCCO, Hugo, *"Teoría General del Proceso Civil"*, Trad. por Felipe de J. Tena, México, Edit. Porrúa, S.A. 1959.
- RUDI, Daniel Mario, *"Protección de testigos y proceso penal"*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.
- SANTOS BALLESTERO, Jorge, *"Instituciones de responsabilidad civil"*, Tomo III, 1ra. Ed., Bogotá, Editorial Fundación Cultura Javeriana de Artes Gráfica, 2006.
- SOLER, Sebastián, *"Derecho Penal Argentino"*, Tomo I, 8ª. Reimpresión, Edit. TEA, Buenos Aires, Argentina, 1978.
- TERRAGNI, Marco Antonio, *"Estudio sobre la parte general del Derecho Penal,"* Ed. IvaniTosti, Santa Fe, Argentina, año 2000.
- VALENCIA RENDEROS, Oscar, *"La Lógica"*, San Salvador, El Salvador, C.A., 1981.
- VESCOVI, Enrique: *"Teoría General del Proceso"*, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia, 1984.
- VIDAL RAMIREZ, Fernando. *"La Responsabilidad Civil."* En la obra colectiva *"Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil"*. Dirección de José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006
- YZQUIERDO TOLSADA, M. *"Aspectos civiles del nuevo Código Penal"* (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos), Madrid, 1997.

- ZAFFARONI, Eugenio R.: *"Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, Instituto Interamericano de Derechos Humanos"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.
- ZAMORA GRANT, José, *"La Víctima en el Sistema Penal Mexicano"*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, D.F., 2002.
- ZAMORA GRANT, José. *"La víctima en el Sistema Penal. Instituto Nacional de Ciencias Penales"*, México, D.F. 2002.

LEYES

- Constitución de la Republica de El Salvador, 1841.
- Constitución de la Republica de El Salvador, 1871.
- Constitución de la Republica de El Salvador, 1872.
- Constitución de la Republica de El Salvador, 1883.
- Constitución de la Republica de El Salvador, 1886.
- Constitución de la Republica de El Salvador, 1939.
- Constitución de la Republica de El Salvador, 1945.
- Constitución de la Republica de El Salvador, 1950.
- Constitución de la Republica de El Salvador, 1962.
- Constitución de la Republica de El Salvador, 1983.
- Código Civil de El Salvador, 1881.
- Código Procesal Civil, 1882.
- Código de Instrucción Criminal de El Salvador, 1904.
- Código de Instrucción Criminal, 1947.
- Código Procesal Penal de El Salvador, 1973.
- Código Procesal Penal de El Salvador, 1997,
- Código Penal de El Salvador, 1973.
- Código Penal, El Salvador, 1997.
- Ley Penitenciaria, El Salvador, 1997.
- Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, 2006
- Código Procesal Civil y Mercantil, El Salvador, 2008.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, D.O: 218 del 23-11-1979.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, D.O. 113 de 19-06-1978.

- Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General, 1948.
- Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), La Habana, 20-2-1928.