

Dos recientes casos de responsabilidad civil con ocasión de las funciones en los Juzgados peruanos y dos oportunidades perdidas para un desarrollo jurisprudencial

Juan Espinoza Espinoza

Como ya lo había advertido, en materia de responsabilidad civil con ocasión de las funciones, los operadores jurídicos asumen de manera intuitiva que la persona jurídica es responsable. Sin embargo, no diferencian este supuesto del de responsabilidad civil en ejercicio de las funciones.¹ En este artículo comentaré dos sentencias, una penal y otra civil, en las cuales se continúa con esta línea interpretativa.

Es de conocimiento público el lamentable *contrato de venta de línea editorial* que hicieron, por un lado, los Crousillat, en representación de América Televisión (Canal 4), y, por otro, Vladimiro Montesinos, en representación del Estado, contrato que, según la sentencia de la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 8 de agosto del 2006, fue redactado en los siguientes términos:

¹ Permítaseme remitir a mi *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, pp. 546-560.

Se tiene en autos que de fojas doce mil setecientos cuarenticinco a doce mil setecientos cuarentisiete aparece en copia simple un documento intitulado "contrato de *Locación de Servicios*", del **siete de noviembre de mil novecientos noventinueve**, suscrito entre José Francisco Croussilat Carreño, quien interviene como supuesto "Gerente General" del Canal cuatro - América Televisión (entiéndase Compañía Peruana de Radiodifusión - Canal cuatro) y de la otra parte "el contratante", que no consigna sus datos de identidad, argumentando razones estrictamente de confidencialidad, pero que se trataba de Vladimiro Montesinos Torres, apreciándose que las obligaciones contenidas en dicho documento eran; de un lado, por parte de "El contratante", entregar mensualmente a "El Canal" la suma de un millón y medio de dólares americanos, precisando que dicho contrato debía ejecutarse entre el siete de noviembre de mil novecientos noventinueve y el nueve de abril de dos mil.

[...]. Las obligaciones asumidas por "El Canal" en virtud a dicho contrato eran: "a) *no admitir ni pasar ninguna propaganda política directa o indirectamente a menos que sea dispuesta por 'El Contratante'*; b) *No pasar avisos políticos de ninguna índole de los candidatos a la Presidencia de la República, al Congreso de la República o a cualquier cargo público en la Campaña electoral para el año dos mil, a menos que 'El Contratante' lo solicite explícitamente*; c) *No promover directa o indirectamente la imagen de ninguna agrupación política, partido o movimiento político ni de sus dirigentes o representantes sin la aprobación por escrito de 'El Contratante'*; d) *no hacer ni pasar entrevistas, debates ni reportajes a candidatos a la Presidencia y/o al Congreso de la República sin la aprobación escrita de 'El Contratante'*; e) *No emitir ningún otro programa con contenidos que refieran explícita o implícitamente a temas políticos sin que éstos sean aceptados y/o aprobados por 'El Contratante'*; f) *Propalar noticieros en sus horarios habituales de lunes a sábados y sacar al aire un programa político los días domingos en el horario de las veinte horas, empezando la primera quincena del mes de enero del año dos mil, cuyo contenido y titulares serán coordinados y aprobados por 'El Contratante'*; g) *Revisar diariamente con 'El Contratante' el contenido de todos los titulares y todos los programas noticiosos antes de que estos sean propalados a nivel nacional, debiendo incorporar las observaciones que 'El Contratante' considere necesarias así como incluir los temas que éste decida en dichos noticieros*; h) *Durante cada emi-*

sión del Programa 'Laura en América', 'El Contratante' dispondrá del tiempo que sea necesario para desarrollar los contenidos que estime conveniente; i) Responder por las declaraciones que emita su personal a través de otros medios informativos, televisivos o radiales que no sigan los lineamientos del presente Contrato; j) Reunirse con 'El Contratante' las veces que sean necesarias a efecto de hacer las coordinaciones pertinentes para el mejor cumplimiento de lo establecido en el presente contrato".

[...]. Por su parte 'El Contratante' se comprometía a: "a) cumplir puntualmente con el pago de las mensualidades acordadas; b) coordinar oportunamente con 'El Canal' la revisión de los programas noticiosos y el Programa político dominical, y c) realizar las demás acciones que sean menester, **acordando además que como garantía del cumplimiento de sus obligaciones, 'El Canal' firmará una letra de cambio al portador por el monto que mensualmente recibe y luego de transcurrido dicho término, esta sería incinerada y renovada por un nuevo título valor en las mismas condiciones hasta la conclusión del contrato; de igual modo se pactaron penalidades por incumplimiento.**

[...]. Finalmente se pactó que: "'El Contratante' podrá ejercer durante la vigencia (del contrato) el derecho de veto sobre la participación de cualquier comentarista o periodista de 'El Canal', declarando haber suscrito dicho contrato en un solo ejemplar que quedó en manos de 'El Contratante'".

Este es un claro ejemplo de un acto jurídico nulo, por perseguir un fin ilícito. Sin embargo, en su momento produjo efectos jurídicos, aunque precarios. Ciertamente, en la sentencia comentada se condena a José Enrique Crousillat López Torres como cómplice primario del delito contra la Administración Pública-peculado por apropiación (art. 387 C.P.) en agravio del Estado, a tres años de inhabilitación y a una indemnización a favor del Estado ascendente a 80 millones de nuevos soles, "debiendo devolver lo irregularmente obtenido, debiendo precisarse dicho monto en vía de ejecución".

Asimismo, por mayoría se dispuso que la Compañía Peruana de Radiodifusión S.A.-Canal Cuatro sea tercero civilmente responsable de los Crousillat y, por lo tanto, solidariamente responsable. La fundamentación es la siguiente:

85. Ahora bien, corresponde indicar que la comisión de un hecho delictivo, por un lado, da lugar a la responsabilidad penal pero también, en cuanto Acto ilícito que produce daño a Terceros, a una Responsabilidad Civil, conocida como *responsabilidad civil ex delicto*. El tercero civilmente responsable resulta ser aquel sujeto procesal, persona natural o jurídica, que sin haber participado en la comisión del delito y sin alcanzarle responsabilidad penal, asume el pasivo civil, quedando, por disposición de la ley, solidariamente obligado con el o los responsables penales, por el importe de la Reparación Civil.

86. Este tipo de responsabilidad se rige por la Teoría de la Responsabilidad Civil, específicamente la Responsabilidad Civil Extracontractual, debiendo acotar que esta responsabilidad supone la violación del deber general de no causar daño a otro.

87. A fin de aclarar un poco más el panorama respecto a la responsabilidad civil debemos referirnos en primer término a las funciones de la responsabilidad civil, que según la doctrina mayoritaria son: a) reaccionar contra el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado; b) retornar al *statu quo ante* en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio; c) reafirmar el poder sancionatorio del Estado; d) disuadir a cualquiera que intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros; y modernamente se han incluido e) la distribución de las pérdidas, y f) la asignación de costos, desde una perspectiva de análisis económico del Derecho.

88. Asimismo, debemos indicar que la responsabilidad civil posee elementos constitutivos, comunes tanto a la responsabilidad civil contractual como a la extracontractual, a saber: a) *la imputabilidad*, es decir, la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona; b) *la ilicitud o antijuricidad*, es decir, la constatación de que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico; c) *el factor de atribución*, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad al sujeto, es decir, es el fundamento del deber de indemnizar; d) *el nexo causal*, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido; y d) *el daño*, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

89. Ahora bien, en función del Factor de Atribución, cabe señalar que existen factores de atribución *subjetivos* (culpa y dolo) y *objetivos* (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas

que la ley considera objetivamente o prescindiendo del criterio de la culpa), a lo que algunos añaden al abuso de derecho y la equidad, pero no hay uniformidad sobre ello.

90. En el caso de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito, ubicada dentro de la Responsabilidad Civil Extracontractual, cabe señalar que nos encontramos frente a la denominada Responsabilidad Objetiva, es decir, aquella que se basa en factores de atribución objetivos, considerados como tales por el ordenamiento jurídico. Debiendo indicar que en la sección sexta del Código Civil, en el artículo *mil novecientos ochenta y uno*, se prevé la inclusión de un Tercero como Civilmente Responsable en un proceso penal, cuando se establece que *"aquel que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo"*, siendo el criterio de imputación la relación que existe entre el responsable y el sujeto que ha causado el daño, pues desde esta óptica el principal estaría en la obligación de resarcir, por cuanto si se beneficia económicamente con la actividad realizada por el "tercero", debe asumir los costos que origine los daños del mismo (criterio del riesgo-beneficio).

91. Esta responsabilidad no se funda en una responsabilidad puramente vicarial, en la que si el subordinado no es responsable (subjetivo), entonces no habrá responsabilidad (objetiva) del principal, pues existen casos en los que aun cuando la responsabilidad del subordinado no se acredita, igualmente responde el principal, ello porque su fundamento radica en la actividad misma de la empresa o del principal y no por una garantía frente a los actos de los subordinados. La responsabilidad del principal no es vicaria ni indirecta, es directa por su propia actividad.

92. Para que se configure esta responsabilidad deben darse los siguientes requisitos: a) una *relación de subordinación*, debiendo indicarse que lo que cuenta no es tanto la calificación formal que las partes dan a la relación, sino la valoración de la existencia efectiva de una relación sobre la cual una persona actúa a pedido, por cuenta o en interés de otro, quien por ser titular de la actividad, a cuya instancia se ha verificado el hecho ilícito, es el sujeto que está en situación de controlar las condiciones del riesgo inherente a esa actividad; b) *que el subordinado ocasione daños*, siendo uno de los supuestos de la responsabilidad civil (objetiva) del principal que el dependiente incurra en responsabilidad

subjetiva (a título de dolo o culpa), no descartándose, como se dijo antes, que hayan casos de responsabilidad objetiva por parte del dependiente; y c) *que exista una relación de causalidad* o de ocasionalidad necesaria entre el ejercicio de las funciones y el daño. Debiendo recalcar una vez más que en este caso la responsabilidad del tercero civilmente responsable o principal no es a título subjetivo sino objetivo, vale decir que si se verifica la concurrencia de los elementos que la ley señala, entonces aparece la responsabilidad civil.

93. Ahora bien, es pertinente referirnos a los argumentos de descargo enarbolados por la defensa del tercero civilmente responsable, quien sostiene que el "contrato de locación de servicios" tantas veces aludido no es válido desde el punto de vista legal ni estatutario, con lo cual este colegiado está de acuerdo, pero reitera que ello no se ventila en esta causa, pues aquí la imputación en su contra es que **un dependiente suyo causó un perjuicio al agraviado (el Estado) en ejercicio de dicha relación de dependencia.**

93.1. Es pertinente acotar al respecto que a criterio de este Colegiado, no es atendible el argumento de que si alguien que tenía en la realidad una relación de dependencia funcional con la empresa, causa un daño, ésta no es responsable porque no se cumplió una formalidad exigida por ley en los actos que realizó o en los acuerdos que concertó, porque ello configuraría un **abuso de derecho**, más aún si reconocemos que el Derecho Penal actúa como una forma extrema de control social cuando otras formas de control han fracasado.

94. Otro asunto al que nos queremos referir es **al supuesto no ingreso de dichos caudales estatales recibidos por José Enrique Crousillat López Torres y por José Francisco Crousillat Carreño a la contabilidad de la empresa, lo que resulta siendo en la realidad una exigencia poco razonable, por decir lo menos, pues si bien probablemente sea imposible encontrar un registro en el Libro Mayor de la empresa que señale el origen de dinero proveniente del Estado entregado para poner a disposición del gobierno la línea editorial del canal**, esto según lo aseveró el propio José Enrique Crousillat López Torres, al ser preguntado respecto a *¿si parte del dinero entregado por Vladimiro Montesinos Torres ingresó a las cuentas de Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. Canal Cuatro?* Indicó: *"tengo entendido que sí, no me consta pero tengo entendido que sí"*, precisando posteriormente que esto se lo mencionó su hijo José Francisco Crousillat Carreño.

94.1. Pero ello no es lo único que nos permite razonar así, sino que el propio "peritaje de parte" presentado por el Tercero Civilmente Responsable, señala que la situación económica de la empresa era bastante mala, textualmente señala:

94.2. "3.9. *Situación Financiera. Ubicándonos en el periodo objeto de nuestro trabajo pericial, vemos que la compañía, como todas las empresas en el ámbito nacional, desarrolla sus actividades en un entorno recesivo, habiendo experimentado pérdidas significativas durante los años 1998 y 1999, llegando al año 2000 con un patrimonio negativo de S/.65'514,000.00, configurándose de esta manera la obligatoriedad de la reducción del capital social por pérdidas, que ordena el art. N° 220 de la Nueva Ley General de Sociedades, que dispone que la reducción del capital tiene carácter obligatorio cuando las pérdidas hayan disminuido el capital social en más del 50% y hubiese transcurrido un ejercicio sin haber sido superado, salvo que se cuente con reservas legales o de libre disposición, se realicen nuevos aportes o los accionistas asuman la pérdida, en la cuantía que compense el desmedro.*

94.3. *La Compañía igualmente muestra un alto endeudamiento (un pasivo total de S/.355.3 millones) y consecuentemente un elevado costo financiero; con capital de trabajo deficitario, problema que se presentó notoriamente en 1998, llegando a su punto crítico en 1999, no obstante, la compañía mantenía saldos importantes por cobrar a una empresa afiliada. Igual situación se observa en sus indicadores de solvencia patrimonial, configurándose de esta manera su insolvencia y su incapacidad para asumir nuevas obligaciones y poder cumplir con ellas.*

94.4. *La rentabilidad obtenida en el ejercicio de 1997 se vio afectada a partir de 1998, dado que la rentabilidad desde el punto de vista del patrimonio cayó, mostrando cifras negativas. Idéntico comportamiento se observa en la rentabilidad de las ventas, mostrando cifras negativas a partir de 1998, alcanzando su punto crítico en el año 2000. Paralelamente, los costos directos de la empresa se incrementaron en casi 60% entre el año 1997 y el año 2000; mientras que los gastos operativos tuvieron un incremento pero menos significativo, más estable".*

94.5. Finalmente, en sus conclusiones se señala que "Tercera: [...] se ha determinado que los aumentos de capital social habidos en el periodo analizado, corresponden a aumentos efectuados por los socios tradicionales de la sociedad y se encuentran plenamente identificados y legalmente perfeccionados".

94.6. De todo ello se puede inferir que la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro presentaba grandes deudas y poco dinero para afrontarlas, lo que abona, hace razonable y hasta entendible que su accionista mayoritario haya visto con muy buenos ojos el ofrecimiento realizado por Vladimiro Montesinos Torres para entregarle dinero de procedencia estatal, a cambio de que se alinee con el gobierno, con lo cual podría mejorar su situación financiera al interior de la empresa, habiendo expresado en un momento del interrogatorio el acusado José Enrique Crousillat López Torres, ante una pregunta de la defensa del Tercero Civilmente Responsable: *"Como Presidente del Directorio entre el año noventa y ocho y dos mil, cuál era la situación financiera de la compañía Peruana de Radiodifusión, era buena o se iba deteriorando? DIJO: Que se iba deteriorando a partir de la recesión que hubo en el país"*, lo que se condice con el contenido de la pericia de parte ofrecida por la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro.

94.7. Esta misma situación nos permite sostener que dado que la empresa no obtenía rentas, sino que sus ganancias se iban en pagar deudas societarias, los accionistas no obtenían ganancias, por lo cual el ofrecimiento de dinero por parte de Vladimiro Montesinos Torres era doblemente beneficioso, pues también les servía para tener ingresos extras para aplicarlos a sus gastos o adquisiciones particulares, lo que explica que a pesar de no tener ganancias provenientes de su principal negocio hayan adquirido inmuebles valiosísimos, los que han sido incautados en la presente causa, pues precisamente esta situación determina que el dinero con que han sido adquiridos provenía de fondos públicos.

94.8. Sobre el ingreso del dinero recibido por José Enrique Crousillat López Torres y por José Francisco Crousillat Carreño a la contabilidad de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, es del caso indicar que ello no se ha podido determinar de manera directa, es decir, no se ha encontrado algún registro que indique de manera clara y cierta que ello se haya producido, pues dado el carácter ilícito de tales fondos por su origen es altamente improbable que ello se ingrese de manera tan cándida a la contabilidad de la empresa, por lo que es altamente probable que se haya producido vía aumento de capital, como el realizado en la junta de accionistas de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal Cuatro, el dos de noviembre de mil nove-

cientos noventinueve, donde se aprobó la capitalización de obligaciones que tenía la empresa respecto a José Enrique Crousillat López Torres por un monto ascendente a novecientos noventidós mil dólares americanos.

94.9. De otro lado, que el dinero haya, o no, ingresado al canal es relevante relativamente, pues la discusión principal se centra en determinar si los dependientes José Enrique Crousillat López Torres y José Francisco Crousillat Carreño, quienes actuaban en representación de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, al realizar el acuerdo ilícito con Vladimiro Montesinos Torres causaron un daño, por lo que verificado ello, la imputación de responsabilidad civil se produce en función a un factor de atribución objetivo.

Cabe agregar que los argumentos del Tercero Civilmente Responsable, en el sentido de que José Francisco Crousillat Carreño ha causado daños a dicha empresa, que la han conducido a una situación económica desastrosa, en nada enervan la responsabilidad civil, pues tales asuntos deben ventilarse en otra vía.

Ahora bien, corresponde ingresar a considerar el caso de la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima respecto a la imputación de responsabilidad en cuanto a la conducta delictiva realizada por José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, a fin de verificar si concurren los tres elementos y así arribar a una conclusión sobre esta materia.

97. En cuanto al primer elemento, es decir, la *relación de subordinación*, es manifiestamente claro que José Enrique Crousillat López Torres durante el desarrollo del delito imputado, esto es peculado por apropiación, ha actuado en función a una relación de subordinación entre él y la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima, dado que era su accionista principal, dueño del noventinueve por ciento del accionariado, además de ejercer el cargo de Director General de dicho medio de comunicación, resultando por demás innegable que cuando negoció *interposita persona*, con Vladimiro Montesinos Torres, es decir, mediante el concurso de su coinculpaado e hijo José Francisco Crousillat Carreño, también accionista y director de dicha casa televisiva, los términos del acuerdo ilícito pactado en el año mil novecientos noventiocho, lo hizo no como un ciudadano cualquiera o como una persona natural, sino en su calidad de dueño

de dicho medio de comunicación, siendo ello el motivo por el cual se produjo el acercamiento entre ambas partes, y en todo momento fue esta calidad la que determinó no solo la consecución del concierto de voluntades, sino también su ejecución.

98. Es más, cabe afirmar que todos los elementos probatorios apuntan a verificar que cuando Vladimiro Montesinos Torres busca relacionarse con José Enrique Crousillat López Torres y con José Francisco Crousillat Carreño, es en el entendido, materialmente cierto, de que cualquiera de ellos procedía en nombre y representación del Canal Cuatro (Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima), dado que lo pretendido por Montesinos Torres era lograr asegurar por esta vía el control de la línea editorial de dicho medio de comunicación para sus propios fines de grupo, lo que resulta mucho más claro si consideramos que tales compromisos se ejecutaron en la realidad, conforme es de conocimiento público, lo que prueba que **el proceder de dichos acusados se desarrolló en interés y representación de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal Cuatro.**

99. En cuanto al segundo elemento, es decir que *el subordinado cause daños*, se tiene que también tal elemento concurre, pues José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, con su complicidad en el delito contra la Administración Pública - Peculado por Apropiación, cometidos por Vladimiro Montesinos Torres y con la autoría por parte de José Francisco Crousillat Carreño en el delito de Asociación Ilícita para Delinquir, **se han causado serios y graves daños al Estado**, pues fueron tales personas, que actuaban en nombre y representación real de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, para las que Montesinos Torres se apropió de caudales públicos, habiéndole pagado astronómicas sumas de dinero estatal en virtud a un contrato ilícito, a efectos de tener el control de la línea editorial del canal cuatro, causando con ello un grave perjuicio al Estado, lo que ha sido también aceptado tácitamente por el propio Crousillat Carreño al acogerse a la Terminación Anticipada de los Debates Orales por conformidad con la acusación fiscal.

100. Finalmente, el elemento de la **relación de causalidad** se encuentra suficientemente acreditado con todo lo antes expuesto, pues el dinero que el Estado perdió fue a parar a manos de José Enrique Crou-

sillat López Torres y de José Francisco Crousillat Carreño, reiteramos, no por ser ciudadanos cualquiera, sino en tanto representantes reales de la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - canal Cuatro, quedando así establecida la concurrencia de todos los elementos de esta responsabilidad.

101. De todo ello concluimos que a la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro le alcanza responsabilidad en calidad de Tercero Civilmente Responsable respecto a los acusados José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, siendo solidariamente responsable con ellos" (las negritas son mías).

Sin embargo, esta decisión cuenta con el voto discordante del vocal Ricardo Brousset Salas, en el que se argumenta:

PRIMERO: Que, la constitución en tercero civilmente responsable, mediante el mecanismo previsto en el numeral cien del Código de Procedimientos Penales, convierte al constituido (en el presente caso la empresa Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima - Canal Cuatro) en sujeto de la relación procesal penal, que comparte con el imputado la titularidad pasiva de la pretensión civil derivada de la perpetración del delito, esto es, tiene la condición de imputado civil. En tal virtud le corresponde, entre otros, el derecho de ser relevado de la responsabilidad civil solidaria que se le atribuye, esto es, absuelto de la pretensión resarcitoria (que la parte civil le demanda), en caso de no probarse los supuestos en que se sustenta tal pretensión y como consecuencia de ello, el derecho de defensa a efecto de poder controvertir los términos de tal atribución, lo cual se da no sólo por efecto de la presunción de inocencia que en cierto modo le alcanza, dada su situación homóloga a la del imputado (aunque sea sólo respecto a las consecuencias civiles del delito), sino también, en virtud de la disposición contenida en el numeral doscientos del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso penal en cuanto respecta a la pretensión penal acumulada al mismo; **SEGUNDO:** Que, estando a lo glosado en el considerando precedente, es menester fijar cuáles son los términos de probanza de la responsabilidad civil solidaria del tercero civilmente responsable, para lo que debemos establecer cuál es el fundamento jurídico de tal responsabilidad; y el

mismo lo encontramos inequívocamente en el numeral un mil novecientos ochentiuno del Código Civil, que textualmente dice "Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria". A partir de tal precisión, podemos derivar los requisitos que se exigen para la configuración de la responsabilidad del Tercero imputado civilmente. Así tenemos, que: **En primer término:** debe existir una relación de subordinación del autor directo (imputado penal) con el autor indirecto (tercero civilmente responsable), la que debe darse no sólo en el plano formal, sino básicamente en la realidad al momento de producirse el evento dañoso; **En segundo término:** que el subordinado cause daño en ejercicio de sus funciones propias de su cargo dependiente o del cumplimiento de su servicio como tal; y **En tercer término:** que se dé necesariamente una relación de causalidad entre el ámbito de actuar dependiente del autor directo (ejercicio del cargo o realización del servicio para el tercero civilmente responsable) y el daño a resarcirse. Como vemos, entre tales exigencias para que se configure la responsabilidad civil del tercero no interviniente en la perpetración del evento dañoso, no encontramos la **instrumentalización del tercero para tal fin;** y ello se explica porque tal instrumentalización del tercero constituye la negación de la subordinación del autor directo respecto al tercero; dado que ella por el contrario evidencia el dominio del autor directo respecto del tercero instrumentalizado, expresado en su utilización para la ejecución de su proyecto personal, causante del daño. En tal entendimiento, resulta contradictorio sostener conjuntamente la tesis de responsabilidad civil del tercero por subordinación del autor y la de instrumentalización del tercero por éste, pues ellas son antitéticas entre sí; **TERCERO:** Que, hechas las precisiones conceptuales antes glosadas, pasaremos a establecer los términos de la imputación de responsabilidad civil como tercero que se formula contra la Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima - Canal Cuatro; así tenemos: a) Que al formularse la acusación fiscal obrante de fojas treintiún mil trescientos tres a treintiún mil trescientos cuarentiséis, específicamente en el folio treintiún mil trescientos cuarentidós, el señor Fiscal superior se limita a señalar "... Asimismo, se debe considerar que la empresa Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima ha sido declarada como tercero

civilmente responsable, por lo que, al final del proceso de ser el caso, se deberá establecer y cuantificar su responsabilidad civil”, por lo que debemos colegir que el Ministerio Público para efectos del juzgamiento no tenía una hipótesis concreta de imputación civil contra dicha persona jurídica, lo que explica la **ausencia de propuesta probatoria para fines que se atribuya responsabilidad civil solidaria con los imputados José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres**; b) Que, al formular su requisitoria oral, la señora Fiscal Superior sostiene la tesis de subordinación de los referidos encausados; quienes según ésta, habrían actuado en representación de la Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima, al ejecutar en realidad lo pactado con el sentenciado Vladimiro Montesinos Torres; y que por estar dicha empresa en situación de insolvencia, necesitaba capital fresco, habiendo ingresado indebidamente al Canal Cuatro el dinero ilícitamente obtenido, por sus accionistas mayoritarios Crousillat López Torres y Crousillat Carreño, según lo referido por el primero de los nombrados por información de su hijo ya sentenciado anticipadamente; y c) Que, al formular su alegato de cierre, el señor Procurador Público, representante de la parte civil, titular de la pretensión civil en debate, asumió la tesis de la instrumentalización de la Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima - Canal Cuatro, por sus dueños Crousillat López Torres y Crousillat Carreño, así como la de dependencia legal, para concluir en la responsabilidad civil solidaria de dicha compañía con éstos, respecto al pago de la reparación civil, la misma que según su apreciación se da al margen del ingreso o no del dinero mal habido por éstos a las cuentas del Canal Cuatro; dado que la función de dicha empresa fue la de haber sido un instrumento a fin de lograr el objetivo final de la Asociación Ilícita, siendo vinculada por tal instrumentalización directamente con el autor y el cómplice del delito; **CUARTO:** Que, por su parte, la defensa del tercero civilmente responsable –Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima– ha sostenido durante el juzgamiento, que los encausados **José Francisco Crousillat Carreño (sentenciado anticipadamente) y José Enrique Crousillat López Torres**, actuaron de motu proprio, desvinculados absolutamente de las facultades que tenían como directores de la empresa; que el dinero que obtuvieron como consecuencia de su accionar delictivo no ingresó a la empresa; y por el contrario éstos utilizaron el patrimonio de la empresa para sus fines particulares.

Es el caso que a diferencia del Ministerio Público y la Procuraduría, representante de la parte civil, la defensa del tercero civilmente responsable ofreció como prueba de descargo la pericia contable de parte, que fuera sometida a ratificación y debate contradictorio en el juicio oral; los actuados de fiscalización tributaria de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria con relación al posible ingreso del dinero recibido por los señores Crousillat a sus cuentas; y copia de la documentación societaria de su representada; **QUINTO:** Que, la compulsa probatoria de los elementos aportados con relación al extremo sub materia no permite que se genere en el suscrito convicción respecto a la responsabilidad civil solidaria atribuida al tercero imputado civilmente Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima; pues si bien el encausado José Enrique Crousillat López Torres, a la fecha de producidos los hechos era accionista mayoritario de dicha empresa, dueño del noventinueve por ciento del accionariado, además de ejercer el cargo de Director General del Canal Cuatro; y el sentenciado José Francisco Crousillat Carreño, su hijo, también era accionista y Director de la empresa en mención; y el segundo de los nombrados suscribió el documento rotulado "Contrato de Locación de Servicios", obrante de fojas doce mil setecientos cuarenticinco a doce mil setecientos cuarentisiete, que dados sus fines ilícitos y las condiciones de su conformación carece de efectos como tal, por configurar propiamente un documento de sujeción que servía de garantía impropia al sentenciado Vladimiro Montesinos Torres, con relación a los desembolsos ilícitos de dinero a favor de los mencionados Crousillat Lopez Torres y Crousillat Carreño; no se ha probado que los antes referidos hubieran actuado realmente subordinados a la Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima - Canal Cuatro; puesto que ellos no sólo ostentaban cargos directivos, esto es, no eran simples funcionarios representantes, sino eran principalmente los dueños de la empresa y por poseer tal condición que les permitía hacer y deshacer en el Canal Cuatro de televisión, es que fueron contactados por el sentenciado Vladimiro Montesinos Torres, con los fines ilícitos probados; razón por la que su accionar criminal no se dio bajo las condiciones de subordinación (actuar bajo órdenes de otro) que exige el precitado numeral un mil novecientos ochentiuno del Código Civil, sino que se dio en ejecución de un proyecto ilícito personal, destinado a enriquecerse ilícitamente a costa del erario público y por ende no

existió la relación de causalidad necesaria entre el ámbito de su actuar dependiente o subordinado (inexistente en el caso que nos ocupa) y la consecuencia dañosa de su conducta ilícita; elementos que conjugados constituyen el factor de atribución o supuesto justificante que sirve de fundamento lógico jurídico al deber solidario de indemnizar. De otro lado, en autos no se ha establecido que la Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima se hubiere beneficiado económicamente con el dinero ilícitamente obtenido por los señores Crousillat, resultando indónea para tal propósito probatorio la sola versión sostenida por el encausado José Enrique Crousillat López Torres, en el sentido que “tenía entendido que el dinero entregado por Vladimiro Montesinos Torres sí ingresó a las cuentas de la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima, Canal Cuatro, pero que no le constaba”, agregando que ello se lo mencionó su hijo José Francisco Crousillat Carreño; en razón no solo de la imprecisión de tal versión, sino especialmente por el evidente interés que el referido encausado tendría en el establecimiento de tal actuación, pues ello eventualmente podría favorecerlo en cuanto refiere al cumplimiento de la obligación resarcitoria que le pudiera corresponder. Siendo que por el contrario, **de la pericia contable de parte obrante de fojas treintinueve mil novecientos ochenta a cuarenta mil quince, ratificada y debatida durante el juzgamiento, fluyen elementos que tienden a descartar tal posibilidad; apreciación que se corrobora con la constante situación de insolvencia de dicha empresa precedente y subsiguiente a los hechos sub materia, la que devino en un proceso actual de reestructuración patrimonial; razón por la que ni siquiera podría sustentarse un criterio de riesgo beneficio puramente objetivo, para sostener su responsabilidad civil concurrente con la de los autores del ilícito penal; SEXTO:** Que, del análisis probatorio precedente, contrariamente a la hipótesis de responsabilidad vicaria por subordinación, los elementos de juicio aportados al proceso permiten tener por probada la instrumentalización del Canal Cuatro de Televisión por los señores Crousillat Lopez Torres y Crousillat Carreño, para sus fines ilícitos de poner su línea editorial al servicio de los intereses políticos promovidos por el sentenciado Vladimiro Montesinos Torres, a cambio de percibir ilícitamente ingentes cantidades de dinero provenientes del tesoro público; debiendo puntualizarse que la constitución de la empresa Compañía Peruana de

Radio Difusión Sociedad Anónima - Canal Cuatro de Televisión, precedió largamente a la adquisición de su accionariado por los referidos encausados y a su determinación criminal para la perpetración de los delitos probados; y que luego de producidos los hechos y agudizarse su situación de insolvencia se ha producido un cambio en su accionariado, encontrándose actualmente en proceso de reestructuración patrimonial con la finalidad de responder a sus acreencias; razón por la que no se dan las condiciones que hagan necesaria la aplicación de las medidas extremas previstas en los numerales ciento cuatro y ciento cinco del Código Penal; resultándole de aplicación únicamente la prevista en el inciso cuarto del pre citado numeral, enfocada de modo concreto a la actividad ilícita para la que fue utilizada; esto en atención a la ausencia de peligro social en la prosecución de las actividades de dicha empresa y de fundamento punitivo respecto a ella; **a lo que debe adicionarse el negativo impacto socioeconómico que tal decisión acarrearía, no sólo por la injustificada afectación a la persona jurídica en mención, sino básicamente porque tal afectación incidiría en sus acreedores y los nuevos accionistas, totalmente ajenos a los actos delictivos perpetrados mediando su instrumentalización abusiva por los encausados;** SÉTIMO: Que, por las consideraciones antes expuestas y en aplicación de lo dispuesto en el numeral doscientos ochenticuatro del Código de Procedimientos Penales, concordante con el numeral doscientos del Código Procesal Civil, debe absolverse al tercero civilmente responsable, Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima, de la pretensión resarcitoria. Por tales fundamentos; **MI VOTO:** es por que se **ABSUELVA a la Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima - Canal Cuatro de Televisión,** de la pretensión resarcitoria dirigida en su contra, para que concurra solidariamente con los condenados José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres en el pago de la reparación civil fijada a favor del Estado" (las negritas son mías).

Esta decisión me genera sentimientos encontrados: por un lado, se sigue *ad pedem literae* mi posición al individualizar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, las funciones de la responsabilidad civil, los criterios que diferencian la responsabilidad subjetiva y objetiva, las características de la responsabilidad extracontractual del principal; por otro, *sic et simpliciter*, se omite groseramente la fuente de donde se obtuvo la información.

En verdad, la realidad supera la imaginación del académico: este es un evidente supuesto de plagio de un texto, cometido ni más ni menos por vocales, en la redacción de una sentencia.¹ Sin embargo, no obstante que estoy de acuerdo con la decisión de responsabilizar a América Televisión, la transcripción adolece de una falta de percepción del problema y de no pocas imprecisiones:

- a. Individualicemos el supuesto: se trata de una responsabilidad civil con ocasión de las funciones. Los Crousillat (directores y representantes del 100% de la persona jurídica) celebran este contrato ilícito de venta de la línea editorial de Canal 4. Si no hubiera sido por la particular posición en la que se encontraban, este daño no se hubiera producido.
- b. El voto de la mayoría (no obstante que transcribe la mención a la ocasionalidad necesaria) sostiene que se trata de una responsabilidad civil extracontractual en el ejercicio de las funciones. Si bien el artículo 1981 del Código Civil es el aplicable, acá no nos encontramos frente a un (bueno o malo) "normal" desenvolvimiento de las competencias de los representantes, sino ante la comisión de un delito, justamente a propósito de la calidad de director gerente y director (ambos, con plena capacidad de decisión) de los representantes y accionistas de la persona jurídica.
- c. El voto en discordia no resiste al análisis: se afirma que no se configura el supuesto del artículo 1981 del Código Civil, por cuanto no hay subordinación, sino instrumentalización. Esta decisión no puede ser compartida por las siguientes razones:

¹ Ello ya había sido advertido por una atenta doctrina que observa que "la honestidad intelectual es exigible para todos y esta exigencia es mayor en los jueces. Si los jueces no actúan honestamente, copiando sin citar la fuente, están transmitiendo una peligrosa forma de elaborar argumentos. Decimos 'peligrosa' porque cada argumento se desarrolla en un contexto concreto y con sus propios fundamentos". MORALES HERVIAS, Rómulo. "Persona jurídica como tercero civilmente responsable. Una infeliz o feliz vinculación entre el derecho civil y el derecho penal". *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 12, núm. 96. Lima: Gaceta Jurídica, setiembre 2006, p. 69.

- i. La persona jurídica es un instrumento por el que se valen sus integrantes, justamente, para facilitar las relaciones jurídicas (en materia de propiedad, contratación y responsabilidad civil). De tal manera que los actos que realizan los integrantes o representantes forzosamente tienen que canalizarse a través (del instrumento) de la persona jurídica.
 - ii. Si el artículo 1981 del Código Civil establece una responsabilidad civil del principal (en este caso, Canal 4) por los actos de los dependientes, *a fortiori* esa responsabilidad surge por los actos de quienes representan el 100% de las acciones.
 - iii. Si el vocal que redactó el voto de la mayoría es tan fiel a las formas, no debió olvidar que los Crousillat tenían también la calidad de funcionarios de América Televisión y, por lo tanto, también eran dependientes.
- d. El voto de la mayoría hace mención a la posible configuración de un abuso de derecho: el hecho de que por formalismos (como se pretende en el voto de discordia) se quiera eximir de responsabilidad a la persona jurídica no configura técnicamente el ejercicio abusivo de una situación jurídica (conflicto entre un derecho subjetivo y un legítimo interés), sino una miope percepción de las cosas que abona a favor de una política de incentivos para que los empresarios sigan delinquiendo a través de las personas jurídicas.
- e. El hecho de que el Canal 4 se haya enriquecido o no por el daño cometido por los Crousillat en ocasión de sus funciones no es un elemento que configuraría este supuesto de responsabilidad civil: simplemente incidiría en el *quantum* resarcitorio. En el voto de la mayoría se ha aplicado el *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), en el sentido de que se advierte que, antes del contrato ilícito, América Televisión estaba en problemas financieros y después no, pues se dieron no pocos aumentos de capital. El voto en discordia (otra vez, con una severa miopía) se centra en el hecho de que en la actualidad esta empresa sí se encuentra en problemas económicos, olvidándose que debe analizar los hechos en el momento en que se produjeron.

Desafortunadamente, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, con R.N. 3766-2006, de 14 de diciembre del 2006,

declaró la nulidad de la sentencia bajo comentario, en el extremo en que se declaraba tercero civilmente responsable a América Televisión, en atención a que:

[...] nosotros consideramos que no existe en autos ninguna evidencia para atribuirle responsabilidad directa a la Empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima, habida cuenta que del estudio de autos se verifica la no concurrencia de los elementos que describe el citado artículo [se refieren al artículo 1981 del Código Civil]. Es así que: a) *No existió relación de subordinación entre los procesados José Francisco Crousillat Carreño y José Francisco Crousillat López Torres respecto de la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima; en efecto, en el desarrollo del proceso ha quedado establecido que José Enrique Crousillat López Torres era presidente del directorio del Canal Cuatro y José Francisco Crousillat Carreño era miembro del directorio y presidente ejecutivo de la Compañía Peruana de Radiodifusión, y estando a que el directorio no es un órgano que se encuentra en condición de subordinación —tampoco sus miembros—, por el contrario, es un órgano que cuenta con amplias facultades decisorias al interior de la sociedad, cuyo ejercicio implica una alta dosis de independencia, autonomía y autorregulación.* Los procesados eran accionistas controladores de “canal cuatro” —titulares del noventa y nueve por ciento de las acciones—, por ende, tenían de facto el control absoluto de la sociedad, por lo que su actuación nos conduce a afirmar que lejos de encontrarse en una relación de subordinación respecto del “canal cuatro”, se encontraban en una posición de control que grafica claramente el poder de decisión que ellos tenían en la sociedad, manifestación clara de la inexistencia de subordinación, puesto que además ha quedado acreditado que *ambos procesados no actuaron ni a pedido, ni por cuenta, ni interés de la empresa televisora, sino a título meramente particular y según su propio arbitrio, buscando un beneficio exclusivamente personal y aprovechando su situación de control de la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima; esto es más claro aún si tenemos en cuenta que la citada empresa no se vio beneficiada con el dinero que Vladimiro Montesinos Torres entregó a los procesados Crousillat a cambio del sometimiento de la línea del canal al gobierno de turno; lo que existió fue una instrumentalización del canal por parte de los procesados; la instrumentalización del tercero para la perpetración del evento dañoso no es un requisito*

contemplado en el artículo mil novecientos ochentiuero del Código Civil, precisamente porque dicha instrumentalización es la negación de la existencia de subordinación entre el autor directo y el tercero; b) *Los daños ocasionados por los procesados no se generaron en ejercicio de sus cargos ni en cumplimiento de un servicio*; en efecto, los procesados como miembros del directorio del Canal, no tenían facultades para actuar individualmente en representación de la sociedad ni para obligarla, esto debido a que los directores conforme a su estatuto – artículo veintiseis –, si bien contaban con la facultad de celebrar toda clase de contratos requiriendo para ello firma conjunta de dos directores, no puede interpretarse que esta facultad abarca la posibilidad de celebrar cualquier tipo de contrato – incluso aquellos que perjudiquen de manera directa a la sociedad y que impliquen su instrumentalización –; por el contrario, debe entenderse que esta facultad se refiere a actuaciones realizadas dentro de las funciones propias del directorio, relacionadas con la administración, gestión y consecución de los fines de la empresa, vinculadas en términos generales a la obtención de beneficios para ella; por lo tanto, aun cuando en el presente caso actuaron dos miembros del directorio del “Canal cuatro”, dicha actuación no se realizó en ejercicio de sus funciones como tales o en cumplimiento de algún servicio en su condición de directores del citado canal. Por el contrario, tal actuación no es parte de las funciones propias de los miembros del directorio, siendo que los procesados habrían actuado como extraños a las funciones que como directores del canal les correspondían, hecho que acarrearía, de ser el caso, responsabilidad civil y penal de forma individual conforme lo establecen los artículos doce y trece de la Ley General de Sociedades; c) *No existe relación de causalidad entre el ejercicio de las funciones de los procesados y el daño ocasionado*; habiéndose demostrado que en el presente caso la actuación de los procesados Crousillat no se llevó a cabo en el marco de la relación de subordinación respecto a la empresa televisora involucrada y que dicha actuación tampoco se dio en el ejercicio de sus funciones propias del cargo de director ni en cumplimiento de ningún encargo, es imposible afirmar la existencia de una relación de causalidad entre la actuación de los procesados como dependientes del “Canal Cuatro” y el daño ocasionado al Estado, pues tal dependencia no existió en los hechos, por lo tanto no se configura el factor de atribución establecido por el artículo mil novecientos ochentiuero del Código Civil. Que por otro lado es de tener en cuenta que en el año dos

mil uno la **Compañía Peruana de Radiodifusión** fue sometida a un **procedimiento de reestructuración patrimonial** debido a la mala situación económica que atravesaba la sociedad como consecuencia de las actuaciones realizadas por la anterior administración a cargo de los procesados. A raíz del inicio de dicho procedimiento concursal, los acreedores de dicha compañía asumieron la conducción de la sociedad cambiando la administración, siendo estos según la Ley General de Sociedades los últimos que deberían asumir esta obligación; asimismo, hay que tener en cuenta que tanto el representante del Ministerio Público como la parte civil no han ofrecido prueba relacionada a demostrar la responsabilidad civil de la entidad en mención; por ende, la resolución emitida por la Sala Superior en estos extremos no se encuentra arreglada a derecho, máxime si no ha motivado los daños resarcibles, sus partidas y conceptos, ni su cuantificación" (las negritas son mías).

Esta sentencia motiva las siguientes reflexiones:

- a. Se insiste en la miope percepción de que los Crousillat no son subordinados. Evidentemente, ¡no son subordinados dentro de la organización!, ¡pero sí han actuado a través de la persona jurídica! Ha sido hartito dicho que, en materia de responsabilidad civil, el concepto de subordinación no tiene que ser visto como dependencia jerárquica, sino como un simple actuar a través de alguien o bajo sus instrucciones.
- b. Se admite que son miembros del directorio "con amplias facultades decisorias", pero que tienen una "alta dosis de independencia, autonomía y autorregulación. Los mismos vocales admiten la capacidad de decisión de los Crousillat: se olvidan (o se quieren olvidar) de que al ser titulares de los órganos, forman parte de la persona jurídica y esta tiene que ser responsable por las decisiones que se tomen. Da la impresión de que los vocales pretenden hacer entender que el directorio es un órgano *fuera* de la persona jurídica, lo cual es un sinsentido. Ello es tan absurdo, que se llegaría a la conclusión de que si un taxista dependiente asalta a un pasajero, la compañía de taxis es responsable civilmente, pero Canal 4 (en el caso que comentamos) no, ¡por cuanto no hay subordinación!
- c. El hecho de que haya actuado en beneficio exclusivamente personal es irrelevante: lo trascendente es el daño ocasionado. Siguiendo con

el ejemplo del taxista asaltante: la compañía de taxis no sería responsable porque el taxista realiza el asalto en su "provecho personal" (¿?).

- d. Los vocales afirman que "la instrumentalización es la negación de la existencia de subordinación entre el autor directo y el tercero"; en verdad, con sus fundamentos, lo que hacen es negar la existencia a la razón.
- e. Como anotara anteriormente, se trata de un supuesto de responsabilidad civil con ocasión de las funciones: es cierto que no es uno de ejercicio de las funciones, pero no es solamente (como pretenden los vocales) un hecho "extraño a la función". La esencia de la responsabilidad civil con ocasión de las funciones ha sido harto dicha: si bien se trata de un hecho "extraño a la función", este no se hubiera producido si los Croussillat no se encontraban en la particular posición de ser directores con capacidad de decisión correspondiente al 100% de las acciones.
- f. Los vocales, consecuentes con el rosario de desatinos esgrimidos, concluyen que no hay relación de causalidad entre el daño y el hecho de los Crousillat, e inexplicablemente llegan a confundir este elemento con el de factor de atribución.
- g. El hecho de que la persona jurídica esté compuesta por nuevos integrantes es del todo irrelevante. Si se encuentra en un procedimiento concursal, el acreedor de la indemnización deberá concurrir, según su orden de prelación, con los demás acreedores.

Convengo en que la sentencia emitida por la Sala Superior "no ha motivado los daños resarcibles, sus partidas y conceptos, ni su cuantificación". Es aquí donde ha pasado un hecho desapercibido por todos: la "otra parte" del contrato ilícito (guste o no) era el Estado, ya que (bien o mal) Vladimiro Montesinos actuaba en su representación (mal se podría decir que se limitaba a actuar a favor de Alberto Fujimori, a título personal) y pagando, además, con los fondos del mismo. ¿Puede argumentarse válidamente que el Estado sea "víctima" cuando su representante fue parte activa en la comisión de este daño? Creo que este hecho ha debido tenerse en cuenta a efectos de establecer una concausa que hubiera atenuado la responsabilidad civil de los Crousillat y de América Televisión.

José Tomás Reina Rincón era un torero español (más conocido como "El Manchego") que estuvo en la conocida "calle de las pizzas", en Miraflores, la noche del 2 de julio del 2002, y comenzó a hacer desorden. Los serenos que lo intervinieron lo llevaron a la playa Estrella para asaltararlo, agrediendo brutalmente hasta matarlo, lo lanzaron al mar, y su cuerpo fue encontrado una semana después en la playa Waikiki. Ana Cristina García Velasco, su conviviente, por derecho propio y en representación del hijo de ambos, interpuso una demanda indemnizatoria contra la *Municipalidad de Miraflores*, ascendente a la suma de un millón de dólares (de los cuales 250 mil son por daño emergente, 500 mil por lucro cesante y 250 mil por "daño al proyecto de vida" de los demandantes), más intereses legales, invocando los artículos 1981 y 1985 del Código Civil. Admitida a trámite la demanda, la municipalidad la contesta, contradiciéndola. Se llama como denunciado civil a la asociación civil Vecinos por el Serenazgo de Miraflores, la cual es declarada rebelde. El Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con Resolución 40, de 20 de agosto del 2004, cuando el proceso se encontraba en estado de expedirse sentencia, decidió suspenderlo en atención a que:

[...] la pretensión indemnizatoria tiene como fundamento la producción de daños y perjuicios que se alega haber sufrido producto de la muerte de José Tomás Reina Rincón, conviviente de la demandante y padre de su menor hijo José Tomás Reina García; coligiéndose que el factor de atribución gira en torno al deceso de dicha persona, sosteniéndose que éste ocurrió en la medida que fue agredido brutalmente por los miembros del serenazgo de la Municipalidad demandada, cuya responsabilidad solidaria se argumenta en virtud de una relación de subordinación que habría existido entre ambos, empero, negada por la aludida Municipalidad; [...]. Que, en suma, aquel factor de atribución se funda en realidad en la comisión del delito de Homicidio Culposo, que evidentemente no puede establecerse en sede civil, sino que ello corresponde determinarse en el proceso penal abierto por ante el Vigésimo Cuarto Juzgado Especializado Penal de Lima (Expediente N° 18-2000), tal como refiere la demandante en el segundo punto de la fundamentación de hecho de la demanda; [...]. Que por consiguiente, aun cuando este Despacho dispuso en principio prescin-

dir de dichos autos, sin embargo, de la revisión integral del proceso se tiene que ello resulta de vital importancia para la dilucidación de esta controversia, toda vez que determinado y establecido a quiénes atañe la comisión de dicho ilícito penal, podrá incidirse respecto de la subordinación alegada, bajo cuya premisa se plantea la demanda, **pues es necesario destacar que en este proceso civil resulta imposible determinar aquella responsabilidad en función de tratarse de un caso típicamente penal**, de donde surge la necesidad de suspender este proceso a las resultas del proceso penal precitado, siendo de aplicación en este caso lo previsto en el artículo 320 del Código Procesal Civil: por cuanto la indemnización radica en la muerte del referido causante, mas no sólo en la producción de lesiones graves (las negritas son mías).

El (des)razonamiento es notorio: la responsabilidad penal de los serenos por homicidio es independiente de la responsabilidad civil objetiva de la Municipalidad de Miraflores por el daño (civil, no penal) ocasionado a la víctima. Por ello, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con Resolución 4, de 10 de mayo del 2005, declaró nula esta decisión en atención a que:

[...] mal puede suspenderse el proceso civil a la espera del resultado definitivo del proceso penal, por cuanto luego de ordenarse la expedición de la sentencia *no existe mandato judicial, de oficio, que haya ordenado la remisión de tal proceso penal a efecto de tener presente su mérito probatorio al momento de expedir la decisión final; más aún, no puede constituir un medio probatorio válido un proceso judicial que se encuentre en trámite desde que existe la prohibición legal de solicitar su remisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 240 del Código Procesal Civil; consiguientemente, no existe justificación ni de orden fáctico ni de orden legal para suspender el presente proceso; [...].* Que, por otro lado, del texto de la propia resolución apelada puede apreciarse que los fundamentos de hecho en que está sustentada que no tienen correlato ni en el petitorio de la demanda, ni en el punto controvertido determinado en la Audiencia de Saneamiento Procesal, que obra de fojas trescientos ochenta y ocho a trescientos noventitrés, puesto que el *fundamento legal de dicha demanda está constituido por el artículo 1981 del Código Civil, referido a la responsabilidad por el hecho de*

los dependientes, cuyo alcance jurídico regula el supuesto de responsabilidad del autor indirecto del daño, quien responde de manera objetiva por los daños que causa el dependiente.

Estoy de acuerdo con que se trata de una responsabilidad objetiva, pero —como bien se sabe— no cabe hablar de responsabilidad indirecta, pues se la está confundiendo con la autoría. Esta sentencia cuenta con un insólito voto en minoría, en el que se decide confirmar la resolución apelada... porque no se ha acreditado el nexo causal (¿?). A propósito de la suspensión, se afirma que:

[...] este razonamiento confunde los conceptos y fines de la *responsabilidad penal* y la *responsabilidad civil*, instituciones independientes, que se rigen bajo principios distintos, siendo sus fines distantes, pues el primero busca que se sancione o se castigue al causante del hecho, mientras que el segundo tiene por fin resarcir en forma integral a la víctima; en este sentido, mientras que en el caso de la *responsabilidad penal*, para sancionar al causante, se tendrá que determinar en el proceso respectivo la existencia de dolo o culpa inexcusable, en la *responsabilidad civil* el dolo o la culpa (los cuales tienen ¿diferentes? significados) no necesariamente tienen que estar presentes para que exista el deber de reparar los daños ocasionados, pues en este caso es la ley la que determina quién deberá responder por los mismos; [...]. Que, en este sentido, la ley regula diversas formas de responsabilidad, tales como la responsabilidad subjetiva, objetiva y vicaria (esto es, la responsabilidad en lugar de otro), tales supuestos están relacionados por un nexo, el *nexo causal*, en este sentido, Fernando de Trazegnies, en su libro *Responsabilidad extracontractual*, señala que: “*La relación de responsabilidad extracontractual descansa, entonces, en una relación de causalidad. Por consiguiente, para que exista responsabilidad extracontractual se requiere que exista un nexo causal entre la víctima y el autor del hecho dañino*”; pudiendo ser, este nexo, natural (es responsable el causante directo del daño) o jurídico (otra persona asume la responsabilidad porque así lo manda la ley), es decir, la responsabilidad depende de la voluntad de la ley; en este sentido, si la ley le atribuye al responsable directo del daño el deber de resarcir por su actuar con dolo o culpa, estaremos ante la *responsabilidad subjetiva*; sin embargo, si dicha persona fue directamente responsable del daño pero en su actuar no

existió ni dolo ni culpa, pero el daño fue producido por el uso de un objeto o actividad reputados por ley como riesgosos y se le imputa a dicha persona el deber de resarcir, entonces estaremos ante una *responsabilidad objetiva*; [...]. Que, sin embargo, **no sólo existen estos tipos de responsabilidad, sino que además la ley regula otros, tal es el caso de la responsabilidad vicaria, la misma que no se circunscribe necesariamente a un tipo de responsabilidad objetiva; la *responsabilidad vicaria*, como lo señala Fernando de Trazegnies, es la responsabilidad "alternativa o substituta" del principal frente a los actos de su servidor, tratándose en consecuencia de dos personas vinculadas al daño; 1) El causante físico y directo del daño; y 2) El patrón o principal que es el responsable civil del daño; siendo que no existirá responsabilidad del segundo si el hecho dañino del primero está exento de responsabilidad conforme a las reglas generales contenidas en el artículo 1971 del Código Civil, lo que, en el presente caso, no puede ser discutido en esta vía civil, toda vez que para ello es necesaria la actuación de material probatorio idóneo que ya está siendo ventilado en la vía penal; [...]. Que, en este sentido, no se ha determinado fehacientemente la existencia del nexo causal necesario para ventilar a través de este proceso el supuesto deber de la entidad edil demandada de resarcir el daño por responsabilidad vicaria, por lo que el presente proceso resulta por ahora inviable (las negritas y la pregunta son mías).**

Son tantos los errores de esta decisión que, como Jack el destripador, tendré que ir por partes:

- a. El voto se centra dentro de la óptica de la responsabilidad vicaria, supuesto que no debe ser interpretado en el artículo 1981 del Código Civil. En efecto, este tipo legal se centra en individualizar la responsabilidad civil (no penal) del dependiente, para luego, *subsidiariamente*, responsabilizar al principal. El supuesto regulado en el artículo 1981 del Código Civil – ya ha sido dicho – es el de una responsabilidad objetiva por un hecho ajeno del dependiente. Llega a ser tan objetiva (y no vicaria) que puede configurarse, incluso, en el caso del *dependiente anónimo*, vale decir, aunque este no haya sido individualizado: basta acreditar que el daño se ha producido, sea en las instalaciones donde el principal ejerce su actividad, sea en circunstancias tales en las que inequívocamente haya sido ocasionado por uno de los dependientes, aunque a este no se le pueda identificar. Vienen en

auxilio presunciones como aquella que surge del principio de la *res ipse loquitur* (la cosa habla por sí misma).

- b. No solo eso: también se entiende a la responsabilidad vicaria bajo una perspectiva subjetiva. Ello se justifica cuando nos encontramos frente a los supuestos de *culpa in vigilando* o *in eligendo*. Cosa totalmente inaplicable, por cuanto —también se mencionó— quien vigila o elige es otro dependiente de la persona jurídica.
- c. Para colmo de males, se confunden gruesamente dos elementos de la responsabilidad: la ilicitud y el nexo causal. Por eso se comete el disparate de afirmar que hay que acreditar si el hecho dañino está “exento de responsabilidad” y que “en ese sentido no se ha determinado fehacientemente la existencia del nexo causal necesario”.
- d. Se repite el error del juez de primera instancia: no obstante que pretende diferenciar la responsabilidad civil de la penal, a la larga las toma como sinónimos: de otra manera no se entiende por qué, a los efectos de la decisión, igual se opta por la suspensión.
- e. Donde la ignorancia de la cual se hace gala en este voto torna los matices de atrevida, es que se fundamenta la suspensión... ¡por que no se acreditó el nexo causal! Sobra decir que, al ser distintas las responsabilidades penal y civil, tiene que continuarse con el proceso para, justamente, acreditar o no este elemento de la responsabilidad civil.
- f. La ciruela que le faltaba a la torta: se habla de culpa inexcusable en materia penal. Esta figura no existe. Lo único inexcusable ha sido el criterio que se tuvo para nombrar a esta persona como vocal.

Con Resolución 54, del 20 de noviembre del 2005, el Juzgado Especializado en lo Civil de Lima vuelve a emitir sentencia, declarando fundada en parte la demanda y ordenando a la Municipalidad de Miraflores el pago de 200 mil nuevos soles, más los intereses legales. Se argumenta que:

[...] ante la responsabilidad extracontractual vicaria alegada por la demandante, se tiene que debe examinarse en primer lugar respecto del autor directo y la víctima el cumplimiento de todos los requisitos generales de la responsabilidad civil extracontractual, de modo tal que se configure el supuesto legal de responsabilidad civil por hecho propio del autor directo respecto de la víctima; una vez deter-

minada la existencia de dicha responsabilidad extracontractual deberá verificarse la concurrencia de los requisitos legales especiales de la **responsabilidad civil indirecta por hecho de los subordinados o dependientes**, expresamente regulado en el artículo 1981 del Código Civil. [...]. Que, conforme consta en la copia certificada del Acta de Defunción expedida por la Municipalidad de Miraflores, que obra en autos a fojas ocho, con fecha nueve de julio del año dos mil, se acredita el fallecimiento de José Tomás Reina Rincón, siendo encontrado el cadáver a orillas de la playa "Waikiki", ubicada en el distrito de Miraflores, en la ciudad de Lima; que en relación a las circunstancias de la muerte de dicha persona que da origen a los daños alegados por la demandante se tiene en autos que a fojas cuarentidós a cuarentitrés obra el Fax N° 9279/28/JSA/53334/4/5, remitido por la oficina de la Interpol de la ciudad de Lima a la Interpol de la ciudad de Madrid, con fecha de recepción quince de julio del año dos mil dos, en la que se da cuenta que la víctima, luego de protagonizar actos contra la tranquilidad pública en la circunscripción territorial del distrito de Miraflores, es intervenida por los serenos Luis Mitchell Lau Urbina y Roberto Quevedo, quienes luego de subirlo en la tolva de una camioneta de serenazgo empiezan a agredirlo golpeando su rostro contra la baranda de la unidad móvil y para luego también agredirlo con un objeto contundente (palo de madera) en la cabeza, mientras que el conductor del vehículo, Moisés Cajas Julia, se limitaba a observar lo que pasaba, arrojándolo finalmente a orillas de la playa "Estrella"; asimismo en dicho documento se deja constancia que luego de ser intervenidos y capturados los serenos antes mencionados, estos aceptan su grado de participación en dicho evento en presencia del representante del Ministerio Público, determinándose por consiguiente la **existencia de concurso de delitos (homicidio, abandono de persona en peligro y contra la administración de justicia)**, siendo puestos a disposición de la Novena Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima en calidad de detenidos; además, por tales hechos se inicia un proceso penal contra dichos serenos, y como es de verse a fojas setecientos cincuentinueve a setecientos setentitrés, mediante sentencia expedida por la Tercera Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima **son declarados culpables**; resulta conveniente además señalar que los sucesos antes descritos se tratan de hechos públicos y notorios que han merecido un amplio despliegue informativo por parte de

los medios de comunicación en general, tanto nacionales como extranjeros, conforme se deja constancia en autos con los recortes de diarios españoles presentados por la actora [...]. Que, conforme resulta manifiesto, la conducta antijurídica de los autores directos en el presente caso es una tipificada como delito en vía penal, pero que en modo alguno impide que este juzgado se pueda pronunciar sobre la relación de causalidad y el factor de atribución, puesto que se tratan de dos vías judiciales con finalidades distintas, pues en el ámbito civil lo que se persigue básicamente es reparar o resarcir los daños ocasionados, mientras que en el ámbito penal se trata de establecer la responsabilidad penal del imputado para imponerle la sanción penal correspondiente con las garantías de un debido proceso, **más aún si tomamos en cuenta que el artículo 1969 del Código Civil establece expresamente que el descargo por dolo o culpa corresponde a su autor, lo que indica que en la responsabilidad civil extracontractual se presume la culpa del autor del daño causado, configurándose así la protección de la víctima en el derecho civil. [...].** Que, conforme a lo previsto en el artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil, el juez valora todos los medios probatorios en forma conjunta de acuerdo a su criterio lógico y sana crítica, y además conforme al artículo doscientos uno de dicho código adjetivo, el defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio no invalida éste si cumple su finalidad, por lo que tomando en consideración los medios probatorios antes reseñados se puede llegar a establecer que se acreditan los requisitos generales de la responsabilidad civil extracontractual respecto a los autores directos, puesto que se evidencia la **conducta dolosa de los mismos al someter a José Tomás Reina Rincón a maltratos físicos que desencadenaron su muerte** (las negritas son mías).

Este pasaje de la sentencia motiva dos apreciaciones:

- a. Se habla de responsabilidad civil indirecta, confundiendo también autoría con responsabilidad.
- b. La invocación del artículo 1969 del Código Civil es impertinente: este es un supuesto de responsabilidad subjetiva, cuando en el caso concreto (lo calificó correctamente la parte demandante) se aplica el artículo 1981 del Código Civil (responsabilidad objetiva del principal por los hechos del dependiente).

Respecto del argumento de la Municipalidad de Miraflores, acerca de que esta no es responsable por los actos de los serenos porque ellos son dependientes de la Asociación Civil por el Serenazgo de Miraflores, en la sentencia se determina que:

[...] el artículo 1981 del Código Civil establece los requisitos legales especiales de la responsabilidad civil vicaria; respecto al primero de ellos, **debe existir una relación de subordinación jurídica o fáctica entre los autores directos y el autor indirecto**; en este sentido, la Municipalidad de Miraflores alega que los serenos involucrados en los hechos no tienen ningún vínculo con ella, por cuanto el día de los hechos dichos serenos venían cumpliendo con la prestación de sus servicios contractuales con la "Asociación Civil por el Serenazgo de Miraflores"; para ello anexa copias de la Constitución de dicha asociación y los contratos individuales de trabajo de los serenos, que obran en autos a fojas quinientos noventa a seiscientos dieciséis; sin embargo, en el estatuto de dicha asociación a fojas ciento sesenta y ocho se establece como uno de sus fines el de **colaborar con la Municipalidad de Miraflores a prestar un servicio de serenazgo**, es decir, se presume que cooperará en la prestación de un servicio de serenazgo implementado y dirigido por dicha municipalidad distrital; más aún si tomamos en cuenta que en el artículo 19 de dicho estatuto se establece que **el cargo de Presidente corresponderá al Alcalde de Miraflores, en su calidad de máxima autoridad de dicha municipalidad**, puesto que no se hace referencia a la persona que ocupa tal cargo en su condición de ciudadano ordinario; de otro lado, en la actuación de la Declaración de parte del representante legal de la Municipalidad de Miraflores, que obra a fojas quinientos setentisiete a quinientos ochentiuno, éste manifiesta que **los vehículos de serenazgo son de propiedad de la municipalidad**; igualmente manifiesta que **la Tasa por Concepto de Serenazgo es cobrada por dicha municipalidad**, refiriendo que esto no quiere decir que dichos fondos sean para este servicio, sino que son destinados a diversos servicios, aseveración sin ningún asidero legal por cuanto la Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario define a la Tasa como el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente, precisando además que el rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un des-

tino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación; todo lo cual lleva a esta judicatura a la convicción de que la Municipalidad de Miraflores prestaba el servicio de serenazgo, y que al momento de producirse los hechos reseñados líneas arriba los autores directos prestaban sus servicios como miembros del serenazgo, bajo la dirección y órdenes de dicha municipalidad (las negritas son mías).

Esta parte de la decisión merece aplauso. Se destaca que el elemento "subordinación" se entiende no solo jurídicamente, sino también como una situación de hecho, vale decir, el mero actuar por cuenta de una persona... aunque se sigue confundiendo autoría con responsabilidad cuando se habla de autor directo e indirecto. Se pone en evidencia que la *estrategia* de la Municipalidad de Miraflores es un burdo *make up*: aunque formalmente se trate de una persona jurídica distinta, el hecho de que el alcalde sea su presidente, los vehículos sean de la municipalidad y la tasa por Serenazgo la cobre ésta, hace más que aplicable el principio de *primacía de la realidad*, que, bien se sabe, no solo se emplea en el derecho laboral. Hubiera sido interesante que se reforzara esto con la acreditación de la procedencia de los fondos de esta asociación (no se necesita ser muy avisado para concluir que provienen de la Municipalidad de Miraflores). Incluso si admitimos que la asociación es una persona jurídica diversa de la municipalidad, esta no se exime, por cuanto el artículo 1981 del Código Civil establece la responsabilidad objetiva (no vicaria) del principal (municipalidad) por los hechos del dependiente (asociación), entendido este como aquel del cual se vale.

Nota aparte merece la calificación de este supuesto. Así:

[...] en lo relativo a que los autores directos hayan causado el daño en ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo, de lo anteriormente glosado se tiene que los autores directos intervinieron a la víctima en su condición de serenos, transportándolo en una unidad del Serenazgo de la Municipalidad de Miraflores, por lo que se acredita el cumplimiento de este requisito. Verificándose de esta forma la responsabilidad vicaria de la Municipalidad de Miraflores en el presente caso, por lo que resulta responsable solidario frente a la víctima.

Si bien se trata de una responsabilidad extracontractual y se tiene que aplicar el artículo 1981 del Código Civil, no se trata de un supuesto de ejercicio de las funciones, sino de *ocasión de las funciones*: los serenos cometieron un daño totalmente ajeno al ejercicio de sus incumbencias; pero si no hubiera sido por la particular posición en la cual los puso la Municipalidad de Miraflores, aquello no se hubiese producido.

Sobre la legitimidad para solicitar la indemnización por parte de la conviviente y del hijo, se argumentó que:

[...] el artículo 1984 del Código Civil establece que sólo la víctima o su familia podrán reclamar indemnización por **daño moral**, es decir que **sólo el cónyuge, padres y los hijos tendrán derecho a indemnización por este concepto**; y respecto a la indemnización de daños por muerte de uno de los convivientes en una unión de hecho, el Código Civil en su artículo 326 y la Constitución Política en su artículo 5 sólo reconocen efectos patrimoniales respecto a las uniones de hecho; en la medida que establecen la sociedad o comunidad de bienes les serán aplicables en cuanto les corresponda, **no dando lugar a la existencia de una relación jurídica-familiar con deberes y obligaciones semejantes a los de los cónyuges**, y en cuanto a los hijos concebidos de una unión de hecho, nuestra Constitución en su artículo 6 establece que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes, por tanto los hijos matrimoniales y los extra-matrimoniales tienen el mismo *status* jurídico ante sus padres. Siendo esto así, **el extremo del petitório de la demanda que plantea la actora Ana Cristina García Velasco a nombre propio debe ser desestimada por cuanto lo plantea en su calidad de ex conviviente, más aún cuando no ha acreditado fehacientemente tal condición**, puesto que el Libro de Familia que obra a fojas nueve a once sólo acredita la calidad de progenitora del menor José Tomas Reina García, **debiéndose por tanto sólo analizar los daños alegados respecto del menor**, ya que conforme la partida de nacimiento obrante a fojas seis, y el libro de familia referido, se acredita la filiación extra-matrimonial de la víctima respecto del menor, verificándose así el entroncamiento familiar (las negritas son mías).

Si la conviviente no acreditó su *status*, ello hubiera bastado para no reconocer su pretensión indemnizatoria. Pero ¿de dónde ha sacado la juez que solo pueden pedir indemnización el cónyuge, los padres y los

hijos? ¿Se pretende que la familia que surge de una unión de hecho no merece la misma tutela que una familia fundada en el matrimonio? Como ya lo advirtiera anteriormente, no se debe olvidar que en el artículo 4 de la Constitución se consagra que la comunidad y el Estado "protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad". De esta manera (al separar los conceptos de familia y matrimonio), existe una protección constitucional tanto a la familia fundada sobre el matrimonio como a aquella que está fundada en una relación convivencial, máxime cuando el artículo 5 de la misma Constitución reconoce a la unión de hecho. El daño moral que sufre una esposa por la pérdida de su pareja no es menor que el que pueda sufrir el conviviente, y el operador jurídico debe ser sensible a esta realidad social e interpretarla en atención al principio de igualdad.

Los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional van en este sentido. En efecto, a raíz de un caso en el cual una *conviviente interpuso una demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP)*, solicitando el otorgamiento de una pensión de viudez, mediante sentencia del 6 de noviembre del 2007 (exp. 06572-2006-PA/TC Piura, Janet Rosas Domínguez) se amparó su pretensión y se determinó lo siguiente:

[...] que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente, **el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio**, como ocurría con el Código Civil de 1936, que manifestaba tal tendencia con la inconstitucional diferenciación de hijos "legítimos" y "no legítimos".

[...] Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaterales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

[...] la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, "su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional"; es pues, "agente primordial del desarrollo social".

[...]. De otro lado, la apariencia de vida conyugal debe ser pública y notoria. No se concibe amparar la situación en donde uno o ambos integrantes de la unión de hecho pretenden materializarla soteradamente.

[...]. No obstante, es de resaltar que estos efectos patrimoniales surgen de la comunidad de vida que llevan los convivientes. Esta comunidad debe ser comprendida como la coincidencia de fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen en las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en un "aparente matrimonio." De lo que se infiere que existen también ciertas obligaciones no patrimoniales. Por ejemplo, como ya se observó, la configuración constitucional de esta unión libre genera un deber de fidelidad entre quienes la conforman.

[...]. De igual modo, sería una interpretación bastante constreñida de la Constitución el concebir que en una unión de hecho no exista, por ejemplo, obligaciones de cooperación o de tipo alimentario. Contémplese sino la situación en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo. Más aún, no debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia [art. 326 C.C]. Es decir, frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución (las negritas son mías).

Entonces, es tan familia la que se funda en el matrimonio como aquella que no se basa en este. En tanto formación social, la unión de hecho genera una comunidad existencial que debe ser tutelada, no solo constitucional, sino además civilmente, vía una reparación. El rompimiento de la serenidad familiar también se configura dentro de una relación convivencial.

Por otro lado, no se entiende qué se quiere decir en esta sentencia con la expresión "ex conviviente". ¿Ya no era conviviente cuando se produjo el daño? ¿O se refería al conviviente supérstite? Misterio.

Al evaluar las pretensiones resarcitorias, se consideró que:

[...] el Código Civil ha establecido en el artículo 1985 el así denominado **"criterio o principio de reparación integral"**, según el cual en el ámbito de la responsabilidad extracontractual deberán indemnizarse todos los daños causados a la víctima, sean presentes o futuros, previsibles o imprevisibles, patrimoniales o extrapatrimoniales, pero siempre y cuando se acrediten los mismos y se compruebe la relación de causalidad. En cuanto a los daños patrimoniales alegados, **la actora no acompaña medios probatorios que acrediten los gastos alegados que por concepto de daño emergente solicita**, que según refiere incluyen los costos de manutención, viáticos, pasajes y demás desembolsos que directamente venía realizando en España y en el Perú, puesto que para que se configuren los mismos debió probarse que dichos conceptos han sido asumidos con su propio peculio con los documentos de pago a su nombre, por lo que resulta de aplicación el artículo 200 del Código Procesal Civil; **respecto al lucro cesante, la actora hace una proyección subjetiva respecto a los ingresos que pudo haber percibido la víctima por su actividad laboral de torero**, puesto que ésta no está sustentada en elemento objetivo alguno, sino en recortes periodísticos donde se consigna crítica taurina de las actuaciones realizadas por la víctima, y asimismo se adjunta a fojas cuatrocientos cinco a cuatrocientos siete declaraciones juradas donde se da cuenta de la proyección profesional de la víctima, **medios probatorios que no constituyen parámetros objetivos que acreditan indubitablemente la ganancia y utilidad que dejará de percibir la víctima**; asimismo, la demandante mediante escrito de fojas quinientos sesenta y nueve solicita se prescinda del Informe que debía emitir el Gerente del Consorcio Taurino Acho sobre el monto que se le había pagado a José Tomás Reina Rincón, disponiéndose mediante resolución número treinta y siete prescindir de dicho informe como medio probatorio de oficio, restando de esta manera otro referente objetivo que esta judicatura hubiera podido apreciar para determinar el lucro cesante reclamado, **es por ello que el monto por dicho concepto deberá ser fijado prudencialmente**; en cuanto al daño extrapatrimonial, se deben tomar en cuenta tanto el daño moral como el proyecto de vida, para ello se debe estar a lo que señala el artículo 1984 del Código Civil cuando afirma que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y menoscabo producido a la víctima o a su familia, que **el daño moral en el caso concreto es el dolor o aflicción del menor José Tomás Reina García, quien sufre la irreparable pérdida de su**

padre, lo que definitivamente le causará un menoscabo en su desarrollo emocional, por la carencia afectiva de su padre; además se trunca el denominado proyecto de vida de la víctima, que es un mecanismo que cristaliza lo que para el ser humano constituye su plena realización en cuanto persona, estando a que **en el caso de autos se ha afectado la vida de una persona de una manera violenta e imprevista, produciendo su muerte, generando así una frustración total de dicho proyecto de vida**, viendo truncado así el desarrollo de su carrera profesional, así como sus expectativas personales y familiares, atendiendo a su juventud al momento de producirse el evento dañoso; **en cuanto al truncamiento de su desarrollo profesional, resulta evidente de los medios probatorios obrantes en autos que la víctima había iniciado una carrera profesional de torero, encontrándose aún en la etapa inicial del mismo, no siendo un torero consolidado ni de renombre**, debe además tomarse en consideración que esta profesión es una considerada como de alto riesgo por la amplia incidencia de accidentes, por lo que es muy frecuente la paralización o truncamiento de dicha carrera; **en cuanto al truncamiento de su vida personal y familiar, la muerte le ha negado a la víctima la posibilidad de un desarrollo personal y familiar**, más aún cuando era padre del menor José Tomás Reina García, pero conforme ya hemos manifestado no se ha acreditado la relación de convivencia con Ana Cristina García Velasco; **que si bien la vida de una persona es invaluable patrimonialmente, es necesario determinar un monto que pueda resarcir de algún modo la pretensión exigida por la recurrente en representación de su menor hijo, monto que deberá ser fijado prudencialmente con un criterio de conciencia y equidad; asimismo, una indemnización de naturaleza extracontractual debe fijarse en la moneda de curso legal y no en moneda extranjera**, pues esta última está reservada a obligaciones de naturaleza contractual, cuando las partes así lo acuerden, conforme a lo previsto en los artículos 1234, 1235 y 1237 del Código Civil (las negritas son mías).

Este pasaje amerita las siguientes reflexiones:

- a. El principio de reparación integral de la víctima no se limita al ámbito extracontractual: basta pensar en el daño ocasionado por una *mala praxis* médica (supuesto de responsabilidad contractual). ¿Se justifi-

ca una disparidad de tratamiento? Creo que la respuesta correcta es la negativa.

- b. Si bien se desarrollan cada una de las voces de daño invocadas en la demanda, se señala un monto global, sin especificar qué parte corresponde a cada tipo de daño, lo que implica una motivación defectuosa.
- c. Si bien en la demanda se pide el resarcimiento en cabeza del hijo y de la conviviente, cuando se desarrolla la voz "daño al proyecto de vida" se la entiende como un menoscabo con respecto al fallecido torero, no solo en el aspecto de existencia biológica, sino profesional. Entonces, se trataría de un derecho que se debe adquirir *iure successionis*, cosa que, al parecer, no ha sido invocada.
- d. Ello nos hace reflexionar acerca de si la voz "daño al proyecto de vida", entendida como el truncamiento y reformulación de ese proyecto (y no como la lesión a los derechos no patrimoniales, que corresponde a la voz "daño a la persona"), deba ser entendida como una voz autónoma de daño o como un *criterio para cuantificar el daño a la persona* cuando el titular no haya fallecido, por cuanto en el caso bajo comentario bastaría emplear la voz "daño moral" en cabeza de los familiares.
- e. Si por "daño al proyecto de vida" se entiende la lesión a la serenidad familiar, también se seguiría en el escenario de un criterio para la cuantificación, en este caso, del daño moral en cabeza de los familiares (conviviente e hijo).
- f. No existe norma jurídica alguna que establezca que el monto indemnizatorio extracontractual deba fijarse solamente en moneda nacional. No hay impedimento legal alguno para fijarlo en moneda extranjera. El hecho de que los jueces opten por ordenar que el pago de las indemnizaciones sea en moneda nacional obedece a una mera política judicial.

Bibliografía

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 5.^a edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2007.

MORALES HERVIAS, Rómulo. "Persona jurídica como tercero civilmente responsable. Una infeliz o feliz vinculación entre el derecho civil y el derecho penal". *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 12, núm. 96. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.