

LOS PERJUICIOS CIVILES DEL DELITO Y SU EVALUACIÓN

Por el Dr. GILBERTO MARTÍNEZ RAVE
Profesor de la Universidad Autónoma Latinoamericana

De acuerdo con nuestras normas positivas vigentes, tanto en el Código Civil como en el Código Penal, cuando se comete un hecho que ocasiona un daño se debe indemnizar. Es decir, que el causante debe atender a todas las consecuencias patrimoniales del hecho.

El hecho dañoso puede ser o no delictuoso. Cuando el hecho que ocasiona un daño es un delito, el perjudicado goza de la posibilidad de escoger entre la jurisdicción penal —constituyéndose parte civil dentro del proceso penal— y la jurisdicción civil para entablar una demanda por responsabilidad civil extracontractual no solo contra el directamente responsable, sino, inclusive, contra los terceros civilmente responsables o contra personas jurídicas, para que se le indemnicen de todos los perjuicios sufridos.

Aunque existe una manifiesta y clara diferencia entre la *responsabilidad penal* y la *responsabilidad civil* que surgen de la comisión de un delito, nuestro Código de Procedimiento Penal autoriza la constitución de parte civil dentro del proceso penal, con el objeto de que el perjudicado pueda obtener indemnización de los daños y perjuicios que el sindicado le ocasionó con el delito. Por lo tanto, en el proceso penal pueden adelantarse simultáneamente la *acción penal* y la *acción civil* provenientes de un delito, como claramente lo establecen los arts. 9º y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Inclusive, el Código Penal, vigente a partir de 1981, en sus arts. 103 y ss. regula los principales aspectos de la *responsabilidad civil derivada del hecho punible*, imponiendo al juez la obligación de pronunciarse en la sentencia sobre el monto de la indemnización y suministrándole armas de regulación excepcionales como son los arts. 106 y 107, los cuales no aplican, sin conocerse realmente los motivos, la mayoría de nuestros jueces y magistrados.

La *responsabilidad civil*, como obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso (no importa que sea delictuoso o no), se ha clasificado en dos grandes grupos: a) la *responsabilidad civil contractual*, que es la que nace cuando por incumplimiento de un contrato, de una convención, de una obligación previamente convenida, se ocasionan daños a otra persona o patrimonio. Es decir, la que nace por hechos resultantes del incumplimiento de una obligación contractual; y b) la *responsabilidad extracontractual*, que nace cuando con un hecho se ocasionan

daños a otra persona con la cual no hay ninguna relación o vinculación anterior. La primera, la contractual, la regula el Código Civil en sus arts. 1602 y ss. y la segunda, la extracontractual, es regulada por el mismo estatuto en los arts. 2341 y ss.

La responsabilidad civil que surge por la comisión de un delito se ha clasificado como extracontractual por cuanto generalmente no existe ninguna relación previa entre perjudicado y causante, y cuando esta existe nunca se entiende incorporada en el contrato que no puede prever la posibilidad de la comisión de hechos ilícitos. Y esta clasificación de la responsabilidad civil surgida de la comisión de un delito en responsabilidad civil extracontractual es muy importante, por cuanto deben aplicarse a ella todos los principios y conceptos que rigen la responsabilidad civil extracontractual que no se encuentran regulados específicamente por el Código Penal.

La *responsabilidad civil extracontractual* se ha subdividido a su vez en varios grupos o categorías: a) la *personal o directa*, que específicamente menciona el art. 2341 del C. C. y que aparece señalada en los arts. 103 y 105 del C. P.; b) la *indirecta o por hechos de terceros*, que el Código Civil regula en su art. 2347, y que surge contra personas distintas del causante del daño, como la que obra contra el padre por los hechos dañosos cometidos por sus hijos menores, la que nace para el patrono por los hechos dañosos cometidos por sus trabajadores o dependientes, la que nace para el curador por los hechos dañosos cometidos por sus pupilos, la que surge para el artesano por los hechos dañosos de sus aprendices, etc. Esta responsabilidad civil no se puede dar dentro del proceso penal por cuanto la responsabilidad penal, que determina la responsabilidad civil que nace de un delito, es personalísima. Como no es transmisible la responsabilidad penal, no se puede vincular procesalmente a ningún tercero. Solo responde penal y civilmente dentro del proceso penal el causante directo, el participe en el delito. El tercero civilmente responsable y las personas jurídicas no pueden ser vinculadas al proceso penal. Pueden sí ser vinculados, por medio de un proceso ordinario, para buscar la indemnización en la jurisdicción civil; c) la *responsabilidad por los hechos de cosas animadas*, es decir, daños ocasionados por los animales que regulan los arts. 2353 y 2354 del C. C. Esta responsabilidad no es tampoco viable dentro del proceso penal. Los animales no responden penalmente de los hechos en que participan. Sus dueños o poseedores responden pero por la jurisdicción civil, nunca por la jurisdicción penal; d) la *responsabilidad por hechos de cosas utilizadas en actividades normales*, que regulan los arts. 2350 y 2355 del C. C. Esta responsabilidad civil tampoco es viable por la jurisdicción penal. No puede reclamarse dentro de un proceso penal, pues los dueños de edificios y propiedades o de cosas que caen de lo alto, no responden penalmente sino cuando ha existido culpa penal en el resultado. Pero siempre responden civilmente por la jurisdicción civil; y e) por último la llamada *responsabilidad por el hecho de las cosas utilizadas en actividades peligrosas*, que regula el art. 2356 del C. C., mediante la cual se responsabiliza al dueño de cosas que se utilizan en actividades peligrosas (como el transporte, por ejemplo) cuando con ellas se ocasionan daños. Esta responsabilidad civil tampoco se puede intentar dentro del proceso penal. Solo se puede intentar mediante un proceso civil indemnizatorio ordinario ante la jurisdicción civil.

Dedúcese de lo anterior que la única *responsabilidad civil extracontractual* que se puede reclamar o intentar dentro del proceso penal es la personal directa. Ninguna de las otras responsabilidades civiles extracontractuales (por hechos de terceros, por hechos de los animales, por hechos cometidos con cosas, ya sean utilizadas en actividades peligrosas o no, la que surge contra las personas jurídicas, etc.) pueden intentarse dentro del proceso penal.

El Código Penal regula específicamente algunos aspectos de esta responsabilidad civil extracontractual personal, en los arts. 103 y ss.

El art. 103 fija claramente el criterio del legislador al imponer la obligación de reparar todos los daños, tanto materiales como morales, que puedan causarse con el delito. Por lo tanto, como obligación legislativamente impuesta, debe ser reconocida y declarada por el juez al dictar la correspondiente sentencia.

El art. 104 fija en cabeza de los perjudicados (ya sean personas naturales o jurídicas) y de sus sucesores la titularidad de la acción civil que se puede adelantar dentro del proceso penal. Debe entenderse a los perjudicados directos con el delito. Los perjudicados indirectos no pueden constituirse parte civil, pues no son titulares de la acción civil dentro del proceso penal. Podrán intentar su indemnización por la jurisdicción civil.

Este mismo artículo remite al Código de Procedimiento Penal para fijar la forma, procedimientos y requisitos que deben cumplirse para poder intentar la acción civil dentro del proceso penal. Aunque la acción civil dentro del proceso penal no es absolutamente privada (el ministerio público puede intentar que se declare por el juez la obligación de indemnizar y puede solicitar pruebas sobre los perjuicios ocasionados —arts. 136 inc. 2º, y 24 del C. de P. P.—, y el juez, oficiosamente, debe recoger información sobre el monto de los daños y perjuicios —num. 6º del art. 334 del C. de P. P.—), si se les ha dejado en parte la iniciativa a los perjudicados para que la acción civil se desarrolle dentro del proceso. Además se deben cumplir algunos requisitos mínimos para poder actuar como parte civil. Los arts. 24 a 30 y 125 a 140 del C. de P. P. se ocupan de esa reglamentación.

El art. 105 del C. P. establece con precisión las personas que deben responder civilmente por los daños ocasionados con un delito: *los penalmente responsables*. Es decir, que antes de imponer la obligación de indemnizar los daños y perjuicios hay que declarar la responsabilidad penal del procesado. Si el procesado es absuelto no se le puede, por ningún motivo, imponer la obligación de indemnizar. Dentro del proceso penal no hay indemnización de perjuicios si no hay condenación penal. Esto no quiere decir que, por fuera del proceso penal, se requiera la condena penal para que surja la responsabilidad civil. Hay muchos casos en que existiendo absolución penal existe obligación civil. Por eso los arts. 27, 28 y 30 del C. de P. P. establecen el valor de cosa juzgada que tienen las sentencias absolutorias penales. Solo tienen el valor de cosa juzgada las específicas que menciona el art. 30 del estatuto procesal penal.

Del art. 105 del C. P. se deduce claramente que no puede vincularse al proceso penal, para efectos civiles, a ninguna persona distinta del directamente responsable, es decir, a quien se imputa la comisión o participación en el hecho. Además, cuando los responsables penalmente (en cualquier grado de participación) son varios, todos

son solidariamente responsables. Es decir, establece la solidaridad legal entre todos los que tomaron parte en la ejecución del hecho delictuoso, ya sea en forma material o intelectual. Esa solidaridad permite al perjudicado escoger, entre todos, el que debe responder civilmente por la indemnización total de los daños.

El art. 108 del C. P. establece una notable diferencia en las prescripciones de las acciones civiles que se pueden intentar cuando un hecho dañoso resulta ser delito. Si se pretende obtener la indemnización por la jurisdicción penal, dentro del proceso penal, la acción civil prescribe en tiempo igual al de la prescripción de la acción penal que regulan los arts. 80 a 86 del estatuto penal sustantivo, incluyendo sus interrupciones, renunciaciones, etc. Esta norma clarifica las dificultades anteriores, pues el Código de 1936 confundía la prescripción de la pena con la de la acción penal para referirse a la prescripción de la acción civil proveniente de los delitos, con unos envíos y reenvíos al Código Civil y al Código Penal que eran muy confusos. Ahora la situación ha quedado clara. Pero si se pretende obtener la indemnización de los daños por la jurisdicción civil la prescripción de la acción es la ordinaria, es decir, la de veinte años. Por lo tanto, si se pretende la indemnización del directamente responsable dentro del proceso penal, la acción civil prescribe en igual tiempo al de la acción penal. Pero si se intenta contra el directamente responsable por la jurisdicción civil, en un proceso ordinario indemnizatorio, la acción civil prescribe en veinte años. Además la acción civil, cuando se intenta contra terceras personas tiene una prescripción especial de tres años, según reza el art. 2358 del C. C. Pero cuando se intenta contra personas jurídicas, por hechos de los animales, por hechos de las cosas utilizadas en actividades peligrosas o en actividades normales, prescribe en veinte años. La prescripción especial del art. 2358 del C. C. solo se aplica en los casos de las personas que aparecen mencionadas en el art. 2347 del C. C.

El art. 109 del C. P. ratifica un concepto que ya los doctrinantes civilistas habían establecido, cual es el de que las causas de extinción de la punibilidad no extinguen, limitan o impiden, las acciones civiles derivadas del hecho punible. Entendemos —porque no se establecen por el Código Penal en forma expresa las causales de extinción de la punibilidad (como sí establecen las de extinción de la imputabilidad, de la culpabilidad y de la responsabilidad)— que cuando aparece alguna causal de inimputabilidad, de inculpabilidad, de no responsabilidad y de no punibilidad, que es reconocida por el juez en el fallo o decisión penal, no se pone fin a la acción civil correspondiente. Solo puede extinguirse cuando se dan las circunstancias contempladas en el art. 30 del C. de P. P. (o sea cuando se declara que el hecho físico, material, objetivo, no existió; cuando se declara que el sindicado o persona a quien se responsabiliza no lo cometió; o cuando se declara que el procesado obró en legítima defensa o en cumplimiento de un deber). Ninguna otra causal que dé motivo a una decisión o fallo absolutorio penal, hace tránsito a cosa juzgada civil y paraliza o impide la iniciación o continuación de la acción civil indemnizatoria, que se intenta por la jurisdicción civil.

El art. 110 del C. P. establece una figura nueva conocida como *comiso* que ha originado muchas posiciones, pues autoriza al Estado para apropiarse de todos los instrumentos con los cuales se cometan delitos, o de los valores o cosas que

proviengan de ellos. Se incluye en esa medida a los vehículos automotores cuando con ellos se cometan delitos dolosos o culposos y no se encuentren asegurados.

Esa norma es simplemente un espejismo y un nido de pleitos. Si, como ya vimos, el Código de Procedimiento actual no autoriza la vinculación al proceso de terceros civilmente responsables (existieron proyectos de reforma que autorizaban esta vinculación pero ellos no fueron aprobados), se hace difícil su aplicación cuando el dueño o titular de la propiedad del vehículo es una persona distinta de quien lo conducía. Esto es lo que generalmente sucede en los vehículos de servicio público como taxis, buses, etc.; decimos que es un espejismo porque la norma parte del supuesto de que los vehículos asegurados están garantizando al perjudicado el pago de los perjuicios sufridos, lo cual es completamente falso en la realidad. Las pólizas que expiden las compañías de seguros en las cuales se incluye el riesgo de "responsabilidad civil extracontractual" a favor de terceros o de responsabilidad contractual a nombre de los pasajeros excluyen específicamente los perjuicios más valiosos (perjuicios morales y lucro cesante) y tienen una cláusula mediante la cual se abstienen de pagar la indemnización hasta tanto no se profiera una sentencia judicial declarando la obligación de indemnizar. Y cuando sale la sentencia es necesario iniciar un juicio ordinario contra el propietario, porque generalmente la compañía aseguradora no cancela el valor.

Es otra muestra más del caos jurídico reinante entre nosotros, pues a pesar de que en este momento está vigente una norma que impone la obligación de indemnizar, no se hacen efectivos los seguros ni por los jueces ni por los funcionarios de policía.

Por lo tanto, debe eliminarse el art. 110 del C. P. y redactar una norma que realmente favorezca al perjudicado. Que el propietario de los vehículos responda por los perjuicios ocasionados ya sea él, por el conductor o por otra persona. Pero esto no puede hacerse dentro del Código Penal donde la responsabilidad penal, y la civil que surge de la comisión de un delito, es personalísima, directa. No se transmite ni por activa ni por pasiva. Debe ser un estatuto distinto que confíe a las autoridades administrativas del tránsito el control, vigilancia y cumplimiento de la responsabilidad de los propietarios de vehículos en los hechos dañosos que con ellos se cometan. O que se aplique realmente lo dispuesto por el art. 7° del decreto 1285 de julio de 1973, cuyo contenido es el siguiente:

"Art. 7°.—Tanto en el seguro de accidentes personales de pasajeros como en el de responsabilidad civil extracontractual, el pago del siniestro se hará sin investigación de culpabilidad, con la sola demostración del accidente y sus consecuencias. Al efecto bastará la certificación expedida por las autoridades de tránsito o de policía competentes, sobre la ocurrencia del siniestro y la de los médicos legistas, el Seguro Social, de las cajas oficiales de previsión, de los médicos de los puestos de salud, de las clínicas u hospitales oficiales, sobre las lesiones personales.

"En los daños a cosas se procederá al ajuste respectivo".

Esta norma es concordante con el artículo tercero del mismo estatuto que reza:

"Los propietarios de vehículos automotores terrestres o quienes tengan su posesión tomarán un seguro que cubra la responsabilidad civil extracontractual por daños a terceros".

Por último, merecen comentario especial los arts. 106 y 107 del C. P., que establecen la forma como deben liquidarse los perjuicios que se ocasionan con un delito.

Perjuicios que deben indemnizarse

Como ya lo indicamos, se trata de una responsabilidad civil extracontractual y en ella se indemnizan dos clases de perjuicios, los mismos que menciona el art. 103 del C. P.: *perjuicios materiales* y *perjuicios morales*.

Los *perjuicios materiales*, al tenor de lo dispuesto por los arts. 1613 y 1614 del C. C., se han dividido en *daño emergente* y *lucro cesante*. Por *daño emergente* se ha entendido el empobrecimiento directo del patrimonio económico del perjudicado que se origina en el pago de sumas de dinero para evitar o corregir las consecuencias dañosas del hecho. Es, en síntesis, todo lo que sale del patrimonio del perjudicado para atender a las consecuencias del daño. Por *lucro cesante* se ha entendido la falta de utilidades, ganancias o productividad, resultante del hecho dañoso. En síntesis, lo que deja de entrar al patrimonio del perjudicado como consecuencia del daño.

Ninguna norma procesal establece la manera o los procedimientos que deben cumplirse para evaluar esos perjuicios materiales. La práctica ha permitido incluir en el *daño emergente* todos los gastos referidos a reparación de los objetos o cosas dañados, todas las sumas destinadas al pago de médicos, drogas, enfermeras, transporte, hospitales, clínicas, aparatos ortopédicos, lentes, etc., relacionados con el hecho dañoso o consecuencias de los mismos, cuando el daño lesiona la integridad física o la vida de una persona.

Así mismo, en el *lucro cesante* se han incluido las sumas que dejan de ingresar al patrimonio por motivo del hecho dañoso. Los intereses que producía el dinero sustraído o hurtado, el rendimiento que producía el vehículo averiado, los ingresos dejados de percibir por la muerte de la persona que atendía a los gastos de subsistencia, alimentación, estudio, etc. Todo esto conformaría el lucro cesante.

Cuando se trata de hechos dañosos o delitos que traen como consecuencia lesiones personales, con invalidez de por vida o muerte de una persona que atendía o velaba por la subsistencia o educación de otras, el lucro cesante se establece con base en dos elementos determinantes: la supervivencia de la víctima y el producido de la misma, teniendo en cuenta la proporción que le correspondería al perjudicado. Estos dos elementos sirven para buscar el lucro cesante, por medio de procedimientos y fórmulas que no es el caso explicar aquí, pero que aparecen debidamente detallados en la obra *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, que se acaba de publicar y en la cual se indican, analizan y detallan los diferentes procedimientos que se utilizan para obtener el monto de la indemnización por lucro cesante.

Fuera de los *perjuicios materiales*, también deben indemnizarse los *perjuicios morales* ocasionados con el hecho dañoso, tal como lo indica el art. 103 del C. P. Esos perjuicios se han entendido como de carácter extrapatrimonial, para diferenciarlos de los materiales, entendido como los que lesionan el patrimonio económico.

Estos han sido divididos, así mismo, en *perjuicios morales objetivados* y *perjuicios morales subjetivados* o *pretium doloris* (precio del dolor).

Mientras que los morales objetivados, entendiendo por tales las implicaciones económicas de las angustias, complejos o factores psicológicos que crean los hechos dañosos o delictuosos, pueden ser evaluados por los peritos mediante las pruebas aportadas al proceso, los subjetivos o *pretium doloris* no tienen fácil tasación. Evaluar la angustia, el dolor, la depresión psicológica, ocasionados por la muerte de un ser querido, demos por caso, es imposible. Por lo tanto, por ser de difícil valoración y no existir parámetros o elementos más o menos confiables que permitan su tasación, se ha dejado su evaluación al criterio del juez. Se ha dicho entonces que corresponde al arbitrio judicial establecer su monto.

No son materia de dictamen pericial.

Momento procesal para el dictamen

De acuerdo con los arts. 503 y 504 del C. de P. P. existe un momento procesal específico, determinado, para practicar el peritazgo mediante el cual se establece el monto de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción. En la etapa de la causa, después de la ejecutoria del auto de proceder, vencido el término para la práctica de las pruebas solicitadas por las partes u ordenadas por el juez, se da traslado a los peritos oportunamente designados (cuando lo solicitan el ministerio público o la parte civil o cuando oficiosamente lo ordena el juez por existir bienes embargados o secuestrados) para que rindan el dictamen correspondiente.

Dictámenes rendidos en otros momentos procesales o para otros fines (establecer la cuantía en los delitos contra el patrimonio económico, para efectos de competencia; pretender el pago de indemnización o reintegro para gozar de la libertad provisional según el num. 2º del art. 453 del C. de P. P.) no cumplen los requisitos exigidos por la ley para ser tenidos como suficientes para establecer el monto de la indemnización adeudada.

El dictamen pericial sobre el monto de los perjuicios, presentado en el momento procesal adecuado, no obliga al juez. Ese dictamen, como todos los demás, debe ser puesto en traslado de las partes y puede ser motivo de ampliación, aclaración y explicación, así como de objeciones. Pero su contenido no es obligatorio. Se sabe que todos los dictámenes en el proceso penal son de necesaria evaluación por el juez, quien puede aceptarlos, desconocerlos, o aceptarlos parcialmente, pero no en forma arbitraria sino analizando todas las circunstancias que determinan su decisión.

Importancia de los artículos 106 y 107 del Código Penal

Puede suceder, y es lo más frecuente, que el peritaje no se haya practicado por no haber sido solicitado ni por el ministerio público ni por la parte civil, y no se haya podido ordenar oficiosamente por el juez por no existir bienes del sindicado embargados o secuestrados, debido a que no existe avalúo de los daños y perjuicios.

Puede suceder también que el dictamen presentado no satisfaga al juez. No lo encuentra convincente, por sus conclusiones o por los procedimientos utilizados. En este caso, aunque hay dictamen, no es de recibo para el juez.

Surge allí la extraordinaria importancia de los arts. 106 y 107 del C. P. de 1980, que la mayoría de nuestros jueces y magistrados no han captado y por lo tanto se abstienen de aplicar, sin mencionar siquiera el motivo por el cual no lo hacen.

El art 107 establece: "*Indemnización por daño material no valorable pecuniariamente*. Si el daño material derivado del hecho punible no pudiere avaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito, el juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos oro.

"Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón del hecho punible".

De acuerdo con su redacción, y tal como se deduce del pensamiento explicado por los componentes de la Comisión redactora, se pretendió que toda sentencia condenatoria penal, tal como lo establece el ord. 6º del art. 171 del C. de P. P. ("y se impondrá la obligación de indemnizar los daños y perjuicios a los que resultaren civilmente responsables *fijándose la cuantía de la indemnización*"), impusiera en concreto la obligación indemnizatoria. Es decir, que toda sentencia penal condenatoria lleve la orden judicial de pagar una suma determinada de dinero, procurando así terminar con las sentencias condenatorias *in genere* o en abstracto que eran viables en el Código Penal anterior y a las cuales se refiere el Código de Procedimiento Penal dictado para esa época, en su art. 26.

Ante la imposibilidad procesal de fijar una suma determinada, porque no existe dictamen o porque el que se rindió no satisface el juzgador, el fallador debe hacer uso del art. 107 del C. P. En síntesis, todas las sentencias condenatorias penales deben imponer el pago de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, sea porque ella se haya establecido por dictamen pericial o sea porque el juez haga uso de las facultades que le otorga el artículo ya citado.

Ese artículo consagra el arbitrio judicial pero fijándole un límite máximo. Ese límite es el equivalente, en moneda nacional, a *cuatro mil gramos de oro*. Es decir, el juez puede fijar como indemnización de los perjuicios materiales una suma equivalente a determinado número de gramos de oro, siempre que no supere a cuatro mil.

La referencia a los gramos de oro para evaluar los perjuicios, aunque nueva en el Código Penal, no lo es en la legislación colombiana. El Código de Comercio, en varios de sus artículos (1596, 1835, 875) la utiliza. La jurisprudencia del Consejo de Estado la venía aplicando desde 1978, con fundamento en el art. 95 del C. P., para actualizar el valor de los \$ 2.000.00 que contemplaba esa norma como indemnización de los perjuicios morales. La Comisión redactora del nuevo Código Penal la recogió, no solo para regular los perjuicios morales sino que la extendió a los perjuicios materiales.

La misma disposición establece las pautas que el fallador debe seguir para fijar el monto de la indemnización, es decir, para determinarla entre uno y cuatro mil gramos de oro.

El inc. 2º ordena al fallador tener en cuenta los siguientes elementos evaluativos:

a) *Naturaleza del hecho*. Las características de la infracción deben tenerse en cuenta para fijar el monto de la indemnización. Pero esa consideración no es del delito en sí, ni de la característica del factor subjetivo como dolo, culpa o preterintención, sino de las consecuencias o repercusiones económicas que el delito pudo ocasionar. La indemnización es la obligación de restablecer el patrimonio del perjudicado, es la forma de que el perjudicado con la infracción penal no sufra perjuicios patrimoniales, económicos o morales.

b) *La ocupación habitual del ofendido*. Es uno de los elementos más importantes para la evaluación, pues las repercusiones patrimoniales que tiene como consecuencia la pérdida de la capacidad productiva deben evaluarse en forma muy distinta a la que produce solamente una desfiguración, pero en ambos casos es la productividad de la víctima la que determina su monto. Quien gana 200 mil pesos anuales debe recibir una mayor indemnización que el que gana 100 mil.

Este elemento pretende relacionar la indemnización con el oficio o actividad que desempeña el perjudicado u ofendido. No es lo mismo el lesionamiento de un dedo (con veinte días de incapacidad, demos por caso) para un pianista que para un abogado. Aunque penalmente tenga las mismas sanciones o consecuencias, civilmente es muy distinto. Es necesario analizar y relacionar la actividad de la persona perjudicada con el perjuicio que sufre.

c) *Supresión o merma de su capacidad productiva*. Este es un elemento de evaluación determinante y definitivo en la indemnización. Especialmente en la evaluación del lucro cesante que hace relación con el presente y el futuro. Las lesiones que suprimen totalmente la capacidad productiva merecen una indemnización más alta que las que solamente la merman. Igual sucede con las que limitan la capacidad productiva temporalmente y con las que lo hacen definitivamente.

d) *Los gastos ocasionados por razón del hecho punible*. Es lo que en el campo civil se ha denominado el *daño emergente*. Todos los gastos efectuados para atender a la reparación de las cosas o bienes o para atender a los costos de tratamientos médicos, hospitalarios o quirúrgicos cuando se trata de daños a las personas, quedan incluidos en este concepto. Los gastos de inhumación de los cadáveres en los delitos de homicidio, también hacen parte de este rubro.

Estos elementos que el Código detalla hacen parte de los que la doctrina y la jurisprudencia ya han consagrado en el campo indemnizatorio civil y por lo tanto son aplicables a esta clase de indemnizaciones. Todos los comentarios, conceptos, sistemas y procedimientos que la doctrina y la jurisprudencia civiles han consagrado a la indemnización de la responsabilidad civil extracontractual son aplicables en este caso.

El art. 107 permite entonces que el juez penal incluya en esa valoración de los perjuicios materiales tanto los que se han calificado como *daño emergente* como los que se han calificado como *lucro cesante*. Por lo tanto, deberá discriminar y tener en cuenta cada uno de estos perjuicios para fijar su monto.

No es, entonces, repetimos, un poder absoluto del juez el que consagra el art. 107. Es una facultad, un arbitrio que debe ser debida, racional y lógicamente

aplicado. Por lo tanto, no fijará el máximo de los cuatro mil gramos de oro sino en casos muy excepcionales y especiales, en que las consecuencias patrimoniales del hecho delictuoso sean notorias, manifiestas, valiosas.

Debe dejarse claramente establecido que en los perjuicios que señala el art. 107 no se incluyen los morales. La norma solo se refiere a los materiales. La evaluación de los morales se rige por el art. 106 del mismo estatuto.

Perjuicios morales

En su afán por que no se queden sin indemnizar estos perjuicios, el legislador penal estableció expresamente en el art. 106 la forma, procedimientos y límites que deben tener.

El art. 106 reza así: "*Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente*. Si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro.

"Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido".

Aceptando, en principio, las dificultades propias de la evaluación, de los perjuicios morales subjetivos o *pretium doloris*, el Código Penal faculta al juez para que, en vez de omitir la condenación por esa dificultad, condene a una suma equivalente a determinado número de gramos de oro. Respetando, obviamente, la concepción civilista de que la indemnización de los perjuicios morales no es una retribución sino una compensación.

Pero en los perjuicios morales el límite es de mil gramos de oro para cada perjudicado, no de cuatro mil como en los materiales.

En su inc. 2º el art. 106 señala algunos elementos de evaluación que el juez debe tener en cuenta para fijar su monto:

a) *Modalidades de la infracción*.—La importancia del bien jurídico tutelado es innegable en la tasación de los perjuicios morales. Hay perjuicios morales cuando se lesiona a una persona o se da muerte a un ser querido. Pero no se han aceptado perjuicios morales por el lesionamiento o pérdida de cosas, ya sean animadas (como los animales) o inanimadas (como los bienes muebles o inmuebles). En esos casos pueden existir perjuicios materiales pero no perjuicios morales. No hay reciprocidad sentimental, que es lo que caracteriza el perjuicio moral. Los delitos, para que den origen a esta clase de perjuicios, deben lesionar derechos personales como la vida o la integridad, ya sea física o moral. También importa la modalidad de la infracción para establecer la permanencia en el tiempo de la angustia o dolor síquico que determina el perjuicio.

b) *Condiciones de la persona ofendida*.—Miradas no desde un punto de vista meramente económico, sino afectivo, emocional. Los impactos psicológicos que resultan de unas lesiones personales, las secuelas permanentes que originan com-

plejos por la muerte de un ser querido, no afectan por igual a todas las personas. Unas son más fuertes espiritualmente, sufren menos ante esas situaciones. Otras, por el contrario, se afectan más fácilmente y conservan por más tiempo esa amargura. Pues bien, en este caso, el juez debe tener en cuenta esa situación además del parentesco, lejano o cercano, la mayor o menor intensidad de los vínculos afectivos con las víctimas. Si convivían en el mismo hogar, si los esposos estaban unidos, si los hijos o los padres no habían abandonado el hogar, etc.

c) *Naturaleza del agravio.*—Moralmente el agravio es distinto del material. El agravio moral lesiona la integridad psicológica de la persona. Se afecta espiritual y psicológicamente. Ese agravio es mayor o menor de acuerdo con muchas circunstancias personales y subjetivas. Y

d) *Consecuencias del agravio.*—Hace relación al tiempo que duren aquellas. Si el lesionamiento psicológico es temporal, la indemnización debe ser distinta a la del lesionamiento muy prolongado en el tiempo. La muerte de un hijo para el padre acarrea una consecuencia de por vida. En otros casos las consecuencias pueden ser más pasajeras. El impacto emocional y su prolongación en el tiempo son circunstancias que debe analizar el fallador para fijar el monto.

Solo deben llegar al límite de los mil gramos cuando las circunstancias sean muy claras, precisas y graves. Mientras tanto puede moverse entre un mínimo de uno y un máximo de mil gramos.

Desgraciadamente en el campo penal los conceptos que anteriormente se mencionaron no se han profundizado lo necesario. Por eso insinuamos la conveniencia de que los jueces o funcionarios que hayan de decidir sobre indemnizaciones, o los peritos a quienes se confían los dictámenes, conozcan con mayor precisión y detalles todas las circunstancias que pueden influir en la tasación o evaluación de los perjuicios. Es imposible, en la brevedad de un artículo como este, recoger todas las situaciones que se pueden presentar en esa clase de indemnizaciones. Recomendamos acudir a una mayor información en los tratados o textos dedicados a la responsabilidad civil extracontractual aplicables a la responsabilidad civil que surge de la comisión de un delito, y concretamente al que el autor de este artículo acaba de publicar con el título de *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, donde se indican los procedimientos, fórmulas y diferentes sistemas utilizados para la evaluación y actualización de los perjuicios materiales y morales.

La importancia, trascendencia y oportunidad que los arts. 106 y 107 del C. P. tienen, han sido desconocidas olímpicamente por nuestros falladores por no enfrentar los diferentes aspectos civiles de la indemnización. No se comprende por qué estas normas vigentes no se aplican en los procesos penales.

No se puede olvidar la existencia del art. 29 del C. de P. P., que subordina el disfrute de los subrogados penales, especialmente la condena de ejecución condicional, al pago de la indemnización de perjuicios oportunamente fijados por el juez. La excepción que contempla el inc. 2º exige prueba suficiente de esa situación. No puede ser una simple disculpa.

SOCIEDAD Y DERECHO PENAL EN CUBA*

por JOSÉ FRANCISCO MARTÍNEZ RINCONES

INTRODUCCIÓN

La presente ponencia trata de expresar, de una manera sintetizada y sistemática, el resultado de una investigación sociohistórica y sociojurídica, realizada en el Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela.

La mencionada investigación culminó con la publicación de un volumen multigráfico, que bajo el título de *Sociedad y Derecho Penal en Cuba*** recoge el proceso de nacimiento y desarrollo del derecho penal codificado, en la Isla, conforme a periodos históricos precisados a todo lo largo de la existencia de la formación social cubana.

Con el enfoque dado al tema se procuró hacer una valoración del mencionado proceso, siguiendo las orientaciones de las ciencias sociales, a objeto de tratar de presentar el sentido y las razones materiales que han ido determinando sus cambios.

Es dentro de esta orientación como se puede estudiar —con ambiciones de totalidad— el caso cubano, puesto que la formación cubana ha tenido la experiencia de operar o de funcionar bajo la vigencia de tres sistemas penales distintos y contradictorios; sistemas estos que van desde el sistema penal español del período de la conquista y colonización de la Isla al sistema del período de la seudorepública, en donde la injerencia norteamericana es exageradamente notoria tanto en lo jurídico como en las demás funciones de control social, especialmente en materia política, y, finalmente, el sistema socialista revolucionario que se inició el 1º de enero de 1959 y que ha puesto en vigencia un nuevo modelo penal, sostenido sobre las ideas del humanismo marxista y la concepción socialista del derecho penal.

En cada período el sistema penal defiende el orden social dominante y los intereses sociojurídicos derivados de las relaciones sociales y económicas de la formación social cubana.

* El presente es el texto de la ponencia presentada por el autor en el I Seminario de Investigación de CENIPEC (Mérida, 22-23 de junio de 1983).

** J. F. MARTÍNEZ RINCONES, *Sociedad y derecho penal en Cuba*, edición del Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 1981, pág. 282.