

J

## LA INDEMNIZACION CIVIL DE LOS DAÑOS CAUSADOS CON EL DELITO.

*DR. GILBERTO MARTINEZ RAVE:*

- Especializado en Derecho Penal en España*
- Profesor en Curso de Post-Grado en la U. de Medellín*
- Conocido tratadista*

No admite la menor discusión, desde el punto de vista jurídico que el delito, como hecho típico, antijurídico y culpable, es fuente de obligaciones. No sólo porque así expresamente lo contempla el art. 1494 del C. Civil sino porque en forma clara y determinante lo indica el artículo 103 del Código Penal nuevo (decreto 106 de 1980) que entrará a regir a partir del 23 de enero de 1981.

Dicen así las normas comentadas: Art. 1494 del C. C. "las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones: ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en los cuasi-contratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, **como en los delitos**; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

Art. 103 del C. P. "El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan".

Por lo tanto, consecuencia lógica y jurídica de la declaración judicial de la comisión de un delito, es la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que con él se ocasionaron.

Es importante hacer claridad, igualmente, en que el HECHO PUNIBLE, o delito como también se le llama, puede quedar incluido dentro del término genérico que la doctrina civil conoce como hecho dañoso que origina responsabilidad civil. El HECHO DAÑOSO, como generador de obligaciones, es un término genérico y el HECHO PUNIBLE es un término específico que va incluido en el otro. Por lo tanto todo HECHO DAÑOSO (que incluye el punible o no punible) origina responsabilidad. En cambio no todos los hechos PUNIBLES son HECHOS DAÑOSOS y por lo tanto no siempre originan responsabilidad civil.

Para entender esa diferenciación debemos recordar que una es la RESPONSABILIDAD PENAL y otra la RESPONSABILIDAD CIVIL. La RESPONSABILIDAD PENAL, que se ha calificado como la OBLIGACION DE ASUMIR LAS CONSECUENCIAS PENALES PROVENIENTES DE LA COMISION DE UN HECHO PUNIBLE O DELITO, surge cuando en el caso concreto se dan la Imputabilidad, la culpabilidad y ahora, según el nuevo código penal, la punibilidad. Generalmente esas consecuencias se concretan en la privación de la libertad o en medidas de seguridad.

En cambio la RESPONSABILIDAD CIVIL, es la obligación que se tiene de ASUMIR LAS CONSECUENCIAS PATRIMONIALES que se derivan de la comisión de un hecho dañoso, que puede ser o no punible o delito. Y por eso, como se puede observar en las anteriores explicaciones, no todo hecho punible o delito origina responsabilidad civil, pues es necesario que ese hecho haya originado u ocasionado agravios patrimoniales a alguna persona.

No basta que se haya ocasionado el que se ha llamado DAÑO PUBLICO, al desconocer las normas generales de convivencia con el delito sino que es necesario igualmente que se de el llamado DAÑO PRIVADO, que afecta concreta y específicamente un derecho o patrimonio ajeno.

Por eso partiendo de la definición del art. 103 del C. P., debemos dar por establecido que en Colombia no todo delito origina responsabilidad civil. La originan aquellos que ocasionan daños materiales o morales a otra persona. Cuando el objeto jurídico tutelado por la norma penal no es un derecho subjetivo, concreto, de un tercero, que conlleve su lesión no habrá responsabilidad civil por ese hecho penal. Porque allí se exigirá, como en el campo civil, que el hecho para dar origen a la acción civil sea DAÑOSO, es decir que ocasione un daño concreto y específico.

No hay RESPONSABILIDAD CIVIL, proveniente de un delito, cuando este afecta por ejemplo "la existencia y seguridad del Estado", (arts. 111 a 118 del C. P.), "la seguridad del Estado" (arts. 119 a 124), algunas de las conductas previstas en el título "Contra el Régimen Constitucional", algunas otras conductas que atentan contra la ADMINISTRACION PUBLICA", aunque muchas de ellas sí la originan cuando el ofendido es el Estado, como sujeto titular de derechos patrimoniales, otras de las que atentan contra la ADMINISTRACION DE JUSTICIA, etc.

Concluimos entonces que para que un hecho punible, delictuoso origine responsabilidad civil, es necesario que produzca un daño concreto y específico en un patrimonio o derecho ajeno, no necesariamente económico, puesto que el daño también puede ser moral.

Cuando se da un HECHO PUNIBLE o delito, que origine un daño concreto y específico, es decir sea un HECHO DAÑOSO, el perjudicado tiene una acción específica y definida por la ley como ACCION CIVIL, que se traduce en la Facultad de acudir al Estado para que lo proteja y obligue al causante a asumir su responsabilidad civil, es decir para que lo indemnice. Para ello puede constituirse parte civil dentro del proceso Penal.

Por eso la ACCION PENAL, que es la facultad que tiene el Estado para iniciar, adelantar y terminar la investigación y juzgamiento de un hecho que se presume delictuoso es pública, indivisible, intrasmisible, no negociable ya que va encaminada a concretar dentro del proceso el llamado DAÑO PUBLICO.

En cambio la ACCION CIVIL, es el derecho o facultad que tiene el perjudicado con un hecho dañoso (que puede ser punible o no serlo) de solicitar al Estado obligue al responsable a asumir las consecuencias patrimoniales de ese hecho. Se encamina entonces a concretar lo que se ha llamado DAÑO PRIVADO, patrimonial, que se ocasiona con el delito. Se ha tenido como privada, aunque no lo es absolutamente porque la escuela positivista que hasta hace muy poco fue la que determinó nuestra legislación, estima la indemnización de daños y perjuicios como una consecuencia, una parte de la pena o sanción y por eso es obli-

gación del Juez condenar, al dictar sentencia penal, al responsable a indemnizar todos los daños y perjuicios, así no se hubiera solicitado por el ofendido. Es además trasmisible, y diferencia de la penal que es personalísima y desaparece o termina con la muerte del procesado, tanto por activa como por pasiva. Es decir que los continuadores, herederos o sucesores del perjudicado reciben dentro de su patrimonio el derecho a reclamar las consecuencias patrimoniales del hecho punible dañoso.

Así mismo los continuadores, herederos o sucesores del presunto responsable del hecho punible dañoso, adquieren la obligación de responder patrimonialmente por las consecuencias del hecho punible cometido por su causante, así aquel muera.

Por eso, por ser dos acciones distintas la Penal y la Civil, pueden desenvolverse separadamente. Sin embargo como tienen, cuando se trata de hechos punibles y dañosos, una misma fuente (el delito) las legislaciones han establecido la posibilidad de adelantarlas conjuntamente con el objeto de decidir, en un solo proceso sobre ellas, dándose una notoria economía procesal (pues no es necesario sino un proceso para las dos), un mayor conocimiento, unos mejores elementos de juicio, sobre lo realmente sucedido.

En Colombia, al distribuirse la jurisdicción entre los jueces, se fijó en los civiles la decisión de los conflictos patrimoniales y del Estado Civil de las personas. En los penales la decisión calificatoria de las conductas señaladas como delitos y la imposición de las correspondientes sanciones. Sin embargo se dan dos excepciones, que parecen compensarse: a) la acción civil proveniente de los delitos puede ser adelantada por un juez penal, que aparece invadiendo áreas que no son generalmente de su competencia. b) los jueces civiles pueden a su vez invadir áreas penales cuando se les da la competencia para juzgar las conductas punibles que cometen los comerciantes calificadas como "quiebras".

Por lo tanto es posible adelantar dentro de un proceso penal las dos acciones: la penal y la civil, que se originan en un mismo hecho punible y dañoso. No descarta esta situación la posibilidad de que el perjudicado intente la acción civil proveniente del delito, del hecho punible, independientemente por la jurisdicción civil. Al fin y al cabo es un hecho DAÑOSO, que es lo que origina la responsabilidad civil y coloca su juzgamiento bajo la jurisdicción de los jueces civiles.

## **TITULARES DE LA ACCION CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL**

El art. 104 del Código Penal concreta la titularidad de esta acción en las personas perjudicadas con el hecho punible. Por lo tanto debe entenderse que el término perjudicadas está relacionado íntimamente con el lesionamiento o afectación de un derecho subjetivo o real del reclamante. Es, en síntesis, la concreción legislativa de lo que hemos calificado como HECHO DAÑOSO, como requisito esencial para dar nacimiento a la responsabilidad civil.

El perjuicio debe ser patrimonial, entendiendo por patrimonio aquel conjunto de derechos y obligaciones que tiene una persona, no sólo desde el punto de vista económico, sino moral. Por eso si el hecho no causa un daño económico pero sí afecta los sentimientos, el aspecto subjetivo de la personalidad, su buen nombre, su good-will, es decir perjuicios o daños morales, también existe acción indemnizatoria.

Por lo tanto es titular de la acción civil dentro del proceso penal la persona directamente afectada en su patrimonio ya económico, ya moral.

Y cuando se utiliza el término persona se está indicando no sólo a la persona natural sino también a la persona jurídica. Si bien es cierto que la persona jurídica no puede ser sujeto activo de un delito, o más concretamente sujeto pasivo de la acción penal, sí puede ser sujeto pasivo del delito es decir, perjudicado con la infracción penal. Por lo tanto la persona jurídica, debidamente acreditada (certificado de la Cámara de Comercio, etc.) puede obtener la indemnización de los perjuicios que se le cause con un delito, a través, lógicamente de su representante legal.

Pero muchas veces la persona natural desaparece o se inhabilita y como ya vimos que la acción civil es transmisible por activa, los SUCESORES (dice concretamente el art. 104 del C. P.) adquieren el derecho de iniciarla o continuarla. Y queremos hacer hincapié en el término sucesores que parece diferenciarse del que menciona el art. 24 del actual C. de P. Penal (que se espera quede aclarado en el código de procedimiento que actualmente se estudia por una comisión para entrar a regir en 1982) como herederos. El término sucesores es más amplio e incluye a los legatarios que parecen no quedar incluidos en el término herederos. Inclusive el art. 125 del vigente código de procedimiento penal también utiliza el término sucesores.

Pero los sucesores adquieren la acción indemnizatoria a falta del titular, por muerte o por incapacidad, por lo tanto mientras no se acredite esta circunstancia la titularidad continuará en cabeza del perjudicado. En ningún caso podrá presentarse enfrentamiento entre el titular y sus sucesores pues estos no pueden actuar sino a falta del perjudicado directo.

Sobra advertir que en el homicidio, por ejemplo, los herederos actúan como perjudicados directos con la muerte de la víctima y no como herederos o sucesores que reciban la titularidad de la acción civil.

Por último el PERJUICIO, que da la calidad de dañoso al hecho punible, debe ser directo. El perjudicado indirecto tiene posibilidades de adelantar su acción civil pero no dentro del proceso penal en donde se debaten las consecuencias directas del delito. Tiene la acción civil independiente por la jurisdicción civil.

## CONTRA QUIEN SE ADELANTA LA ACCION CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL

El art. 105 del C. Penal introduce una reforma fundamental dentro de las actuales concepciones en la legislación colombiana. Es de esperar que el código de procedimiento penal coincida en esas modificaciones, que aunque las consideramos peligrosas y poco prácticas, se encuentran incluidas en la ley penal expedida y publicada como decreto 106 de 1980.

En principio es el declarado responsable penalmente el que debe asumir la obligación de indemnizar los daños patrimoniales que ocasione. Por eso la responsabilidad penal es un requisito previo indiscutible, para obtener éxito en la acción civil que se intenta por la vía penal. Si la persona no es declarada responsable, es decir si es absuelta o no termina por cualquier otro motivo el proceso con sentencia condenatoria penal, no podrá condenarse dentro de esa misma providencia, dentro de ese mismo proceso a pagar la indemnización de los daños correspondientes. Por lo tanto para que prospere la acción civil, que se ha entendido como subsidiaria, accesoria, a la penal, dentro del proceso penal, tiene que existir declaratoria judicial de responsabilidad penal y por lo tanto sentencia condenatoria. Si no existe no nace la responsabilidad civil dentro del proceso penal.

Puede que una persona absuelta penalmente sí tenga responsabilidad civil pero ésta ya no se puede ni declarar ni adelantar por la vía penal. Queda abierto el campo por la jurisdicción civil siempre y cuando no se de en la providencia penal alguna de las circunstancias que contempla el art. 30 del actual código de procedimiento penal, que es de esperar continúe vigente, aunque con otro número en el próximo código procesal penal.

Esas circunstancias que son las que dan la característica de COSA JUZGADA a la sentencia absolutoria penal en el campo civil, son tres: a) Que se declare por el juez que el hecho físico, el hecho fáctico, no existió. b) Que se declare igualmente que el hecho dañoso, punible, aunque si existió NO FUE COMETIDO por la persona a quien se señaló como autor. En este caso, obvio es decirlo, la acción civil queda viva en contra de quien resulte ser el verdadero autor o responsable. Y c) Que el hecho si existió el señalado si lo cometió, pero actuó en una de las dos circunstancias de justificación legítima defensa, o en cumplimiento de un deber, en la legislación actual. Es de esperar que el nuevo código procesal que se encuentra a estudio de una comisión especializada, concrete mejor las causales de justificación, inculpabilidad o inimputabilidad de los arts. 29 a 40 del C. P. que pueden originar COSA JUZGADA DE LA SENTENCIA ABSOLUTORIA PENAL en el campo de la responsabilidad civil.

Obsérvese que en la actualidad las causales del art. 23 del C. P. y el estado de necesidad del art. 25 C. P. no hacen tránsito a cosa juzgada al campo civil y por lo tanto queda abierto el campo por la jurisdicción civil para buscar la correspondiente indemnización a pesar de que el juez penal haya absuelto.

Muchos de los hechos dañosos que se investigan o juzgan como delito pueden no ser punibles y por lo tanto no dar origen a responsabilidad penal. Pero si el hecho es DAÑOSO, aunque se declare por el juez penal que no es punible o por situaciones procesales (prescripción, caducidad, falta de pruebas suficientes, etc.) no termina con sentencia condenatoria, no produce TRANSITO A COSA JUZGADA. Por lo tanto, mientras no haya prescripción de la acción civil (20 años según el art. 108 del C. P.) queda expedita la jurisdicción civil para intentar la indemnización.

Muchas veces los autores del delito o partícipes, o como dice el art. 105 del C. P., LOS PENALMENTE RESPONSABLES, son varios y han intervenido o participado ya como autores (materiales o intelectuales), como coautores, como cómplices (necesarios o no necesarios). Contra ellos se puede iniciar la acción civil, pues todos y cada uno son responsables por la totalidad de la indemnización. Por eso la ley establece la SOLIDARIDAD entre todos. Solidaridad que se traduce en la oportunidad que tiene el perjudicado, demandante en este caso, para exigir la indemnización de todos o de cualquiera de ellos en su totalidad o parcialmente. Muchas veces se puede intentar la acción contra un cómplice no necesario dejando de lado a los autores intelectuales o coautores físicos por considerar que aquel es solvente y capaz de responder económicamente. Pero siempre existe la posibilidad jurídica de demandar a todos.

Esta SOLIDARIDAD LEGAL está regulada por los arts. 1568 y s.s. del C. Civil. Claro está que el pago que haga uno de la obligación excluye a los otros porque lógicamente no podrá presentarse un doble pago. Ahora la forma como entre ellos se distribuye el pago de la obligación, es decir como responden entre ellos los diferentes deudores solidarios, es un problema que no se ventila en el proceso penal. Los arts. 1568 y s.s. del C. Civil fijan la forma de distribución entre ellos, pero sin que esto tenga nada que ver con el perjudicado o tercero que la reclama o exige de cualquiera de ellos o de todos si es el caso.

### **CLASES DE PERJUICIOS QUE SE DEBEN INDEMNIZAR**

Dentro del proceso penal, al igual que dentro del proceso civil independiente que se pueda intentar por el perjudicado, se puede solicitar la indemnización de todos los perjuicios sufridos. El C. P., en su art. 103 los concreta más específicamente en DAÑOS MATERIALES Y DAÑOS MORALES, recogiendo así las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales, que han dividido en esas dos categorías los diferentes daños que se puedan ocasionar con un hecho dañoso.

Por PERJUICIOS MATERIALES, o DAÑOS MATERIALES, como los llama el código penal, se ha entendido el lesionamiento económico del perjudicado que resulta del sacrificio de derechos objetivos. A su vez se han dividido, de acuerdo con lo establecido por el art. 1614 del C. Civil, en DAÑO EMERGENTE, entendiendo por tal el empobrecimiento directo que sufre el perjudicado como los gastos que debe atender por médicos, hospitales, drogas, transportes, gastos de inhumación. En los delitos contra el patrimonio lo confor-

maría el valor del bien o capital indebidamente apropiado. Y en LUCRO CESANTE que se ha definido como la falta de productividad, de rendimiento, consecuencia del hecho dañoso. Los intereses en el caso de los delitos contra el patrimonio, las incapacidades para trabajar en el caso de lesiones personales, lo que deja de recibir el perjudicado por la muerte de la persona que velaba por él económicamente, son algunos de los ejemplos característicos de esta categoría de los perjuicios materiales.

Por PERJUICIOS MORALES, se han entendido aquellos que lesionan principalmente el sentimiento, la afección, los aspectos psicológicos de la persona. Pero estos se han clasificado en dos grandes grupos: a) MORALES OBJETIVADOS, que son las repercusiones económicas que resultan de esas angustias, dolores, complejos y que por lo tanto son valorables objetivamente. El agente vendedor que pierde agresividad en su labor como consecuencia de una desfiguración facial resultante de un delito. La persona que se dedica a ingerir licor para sobreponerse a la angustia, dolor interno, que le ocasiona la muerte de un ser querido, esposa, hijos, etc. y abandona sus negocios o actividades. La persona que a raíz del complejo, angustia, que le queda por haber sufrido una deformación física, (una cojera, la pérdida de una mano, de un brazo, etc.), sufre notorias mermas en su productividad o rendimiento o que a raíz de la pérdida de un ser querido rebajó notoriamente su productividad, su actividad económica. Son varios de los ejemplos que podríamos citar en caso de personas naturales. En el caso de personas jurídicas podríamos mencionar el lesionamiento al buen nombre al good-will de las entidades, que se puede traducir en cifras económicas. b) MORALES SUBJETIVOS, o como los llama la doctrina PRETIUM DOLORIS (precio del dolor), que corresponden específicamente a las angustias, dolores íntimos, psicológicos, que se sienten cuando se afectan los sentimientos como en el caso del lesionamiento, la muerte de un ser íntimamente ligado a la persona. Se diferencian de los objetivados porque estos son evaluables en dinero en cambio los subjetivos no tienen forma de tasarse. Inclusive por eso muchos tratadistas se han opuesto a que sean indemnizados pues sostienen que el dolor no tiene valor, que la pérdida de un ser querido no puede valorarse y es indebido (amoral dicen algunos) obtener beneficios económicos por ese motivo.

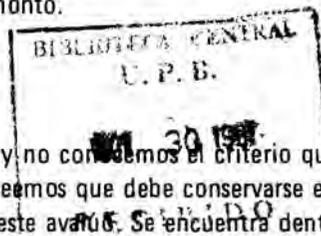
Lo cierto del caso es que entre nosotros nunca se ha podido abrir paso la tesis que sostiene que los perjuicios morales, y más concretamente los subjetivos, no deben indemnizarse. Por el contrario en las diferentes jurisdicciones (civil, laboral, penal, contencioso administrativo) se acepta la necesidad de indemnizarlos. Las diferencias o discrepancias se han presentado es en el monto y la forma de su valoración.

Concretándonos al campo penal no hay duda que el art. 103 del C. P. ordena atender el pago de la indemnización de los perjuicios materiales y morales, en todas sus clasificaciones y manifestaciones.

## MONTO Y EVALUACION DE LOS PERJUICIOS

Corresponde siempre al demandante en el caso del proceso penal al perjudicado aunque también es obligación del juez, acreditar el monto de los perjuicios tanto materiales como morales. De los materiales se ha dicho, como de los morales objetivados, que pueden ser establecidos a través de los elementos de juicio que se aporten al proceso y que de acuerdo con las normas procesales se convierten en uno de los elementos que deben aparecer establecidos por el funcionario instructor. El art. 319 del actual C. de P. P. menciona "LA NATURALEZA Y CUANTIA DE LOS PERJUICIOS" como uno de los fines de las pruebas que se aportan o recogen en el proceso penal. Por lo tanto dentro del proceso penal se deben aportar elementos de juicio suficientes para que el fallador o los peritos tengan elementos de convicción adecuados para poder fijar el monto.

### AVALUO



Dentro del actual código de procedimiento penal, y no conocemos el criterio que podrá imperar en el que entre a regir en 1982 aunque creemos que debe conservarse el actual, existe un momento procesal específico para hacer este avalúo. Se encuentra dentro de la etapa de la causa, es decir, cuando ya se han concretado los cargos específicos que recaen sobre el presunto responsable.

El art. 503 del actual C.P.P. establece que en el mismo auto en que se abre a pruebas el juicio, el juez designará el perito o los peritos que deben avaluar los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, si así lo solicitare el Ministerio Público o la parte civil o podrá ordenarlo oficiosamente si existen bienes del sindicado embargados o secuestrados dentro del proceso.

Por lo tanto existe un momento procesal que no puede ser desconocido por el juez o por las partes para efectuar el avalúo de los daños y perjuicios ocasionados con el delito. Los avalúos que se efectúen en otros momentos procesales no tienen valor, validez jurídica, para fijar el monto de la indemnización de daños y perjuicios.

En la actualidad se dan a veces algunas situaciones difíciles porque de acuerdo con la ley 17 de 1978, que adicionó y modificó el art. 453 del C.P.P., cuando el delito que se investiga es el de hurto, estafa o abuso de confianza y se dan las circunstancias del art. 429 del actual C.P. (374 del que regirá en 1981) como restitución del objeto (devolución del indebidamente apropiado) o la indemnización de los perjuicios, la persona podrá gozar de libertad provisional (tampoco se sabe si en el código de procedimiento penal que regirá en 1982 continuará vigente esta situación) se solicita con frecuencia avalúo de los perjuicios con el fin de indemnizar y gozar de la libertad provisional. Creemos que ese avalúo no es el avalúo oficial de los perjuicios y por lo tanto es provisional o con fines distintos al que debe practicarse en la etapa de la causa. No obliga a nadie. Puede ser modificado, aumentando o disminuyendo su monto en el que se practique en la etapa de la causa, que es el determinante para establecer la cuantía de la indemnización civil consecuencia del delito.

Este avalúo debe hacerse por expertos debidamente nombrados por el juez, de la lista de auxiliares de la justicia y debe ser remunerado pues entendemos que expresamente se ordena así en el art. 1o. del decreto reglamentario 2265 de 1969, cuando establece "En los procesos civiles, administrativos y laborales, y EN LAS ACTUACIONES DE INDOLE CIVIL DENTRO DE LOS PROCESOS PENALES, la designación de los peritos, secuestres, partidores liquidadores curadores ad-litem contadores, agrimensores, síndicos, intérpretes y traductores, cuyo nombramiento corresponda al juez, se hará siempre por este DENTRO DE LA LISTA OFICIAL DE AUXILIARES Y COLABORADORES DE LA JUSTICIA".

Al leer el art. 25 del mismo decreto, que se aplica a todos los auxiliares de la justicia, se entiende que deben remunerarse con base en las tarifas allí fijadas.

El dictamen pericial, que debe ser debidamente fundamentado, explicado y serio, debe ser puesto en conocimiento de los interesados como cualquier dictamen pericial que se practique dentro del proceso penal, dando oportunidad a las partes de pedir su aclaración, explicación o adición. Y además para ser objetado, si fuere el caso al tenor de lo dispuesto por los arts. 276 y 277 del C.P.P. y 137 del C. P. Civil.

Ese dictamen, como todo dictamen dentro del proceso penal, no obliga al juez. Puede aceptarlo o desconocerlo total o parcialmente de acuerdo con la convicción que le de sobre el monto de la indemnización que debe pagarse, tal como se concreta en el art. 278 del actual C.P.P.

### **DAÑO EMERGENTE**

Los gastos efectuados para atender los tratamientos médicos, quirúrgicos, de clínicas, drogas, especialistas, aparatos ortopédicos, transporte, enfermeros, etc., deben probarse adecuadamente a fin de que conformen, en los delitos contra la vida y la integridad personal, el DAÑO EMERGENTE de los perjuicios materiales. En los delitos contra el patrimonio el valor de los bienes o del capital que los representa, debe estar suficientemente acreditado para poder conocer el monto de este aspecto de los perjuicios materiales.

El avalúo del daño emergente es relativamente sencillo pues establecidos los gastos específicos que se hicieron para atender a las consecuencias del hecho dañoso su valoración es fácil. El monto no tiene limitaciones de ninguna clase. Puede ser muy alto o puede ser muy bajo, de acuerdo a las consecuencias reales del hecho dañoso y los gastos hechos para atender a sus consecuencias.

### **LUCRO CESANTE**

En el avalúo de los perjuicios materiales debe incluirse obviamente el monto de la indemnización que se deba por el lucro cesante. Ya calificamos como tal la falta de rendimiento,

de productividad, que sufre el perjudicado como consecuencia directa del hecho dañoso, punible, que se juzga.

Cuando se trata de delitos que permiten tener como base el patrimonio o valor económico que se fija como daño emergente el lucro cesante se establece con base en los intereses de ese capital, liquidados al interés legal vigente (hay varios intereses legales vigentes: el civil del 6% anual según los arts. 1617 (No. 3) y 2232 del C. Civ. El comercial de acuerdo con el código de comercio y resolución No. 2087 de junio 28 de 1977 expedida por la Superintendencia Bancaria, en la cual se diferencia el de mora (36%) y el corriente bancario (18%) por el tiempo que transcurra entre la comisión del hecho y el dictamen o el fallo.

Otros delitos que originan lucro cesante, como en el caso de las conductas que atentan contra la vida y la integridad personal, también conllevan pago de indemnización por este concepto. Pero su evaluación es más difícil.

En el caso de la persona que trabaja con un salario determinable, la incapacidad que sufra como consecuencia de una lesión personal, se traduce como lucro cesante al multiplicar el tiempo que estuvo incapacitado por el salario diario que dejó de devengar. Pero realmente no debe ser así por regla general, porque la indemnización que se reclama es la civil y no la laboral. Por lo tanto el salario puede ser uno de los factores que conforman la productividad, pero no el único.

Otros elementos de productividad pueden tenerse en cuenta para establecer el monto del lucro cesante, como cuando la persona desarrolla diferentes actividades económicas. Mayores dificultades se presentan cuando la persona tiene ingresos que no son fijos, que son por ejemplo honorarios en algunas profesiones liberales (médicos, abogados, ingenieros, etc.). En estos casos puede intentarse la prueba de la productividad con copia legalizada de la declaración de renta, con testimonios de personas que conozcan la actividad y la rentabilidad del perjudicado o en determinadas ocasiones partiendo del salario mínimo legalmente establecido.

Más complicada es la situación del improductivo. Una persona que no está produciendo en el momento de ser víctima del delito por ser un niño, ama de casa, estar cesante, ser estudiante, etc. La Corte Suprema de Justicia ha establecido jurisprudencialmente que la persona no productiva en el momento del lesionamiento o de la muerte no origina el perjuicio material que corresponde al lucro cesante. No compartimos ese criterio porque estimamos que una cosa es la IMPRODUCTIVIDAD ABSOLUTA, como la del demente, el inválido, el que sufre un impedimento de por vida para producir y otra la IMPRODUCTIVIDAD RELATIVA, que se refiere a la falta de productividad en el momento de sufrir el daño. El niño, el joven, el estudiante, el ama de casa, el cesante, son personas que son potencialmente productivas que no están desarrollando en ese momento la actividad económica, pero que pueden desarrollarla posteriormente. Por eso somos partidarios de encontrar fórmulas adecuadas para valorar ese perjuicio, teniendo en cuenta la potencialidad económica, no la productividad actual, sino las posibilidades de hacerlo. Más cercanas en

unos (estudiantes universitarios) que en otros (niños pequeños, etc.).

Otro problema actual en relación con el lucro cesante, tanto en el caso de las lesiones personales como del homicidio, es el que se plantea al descontar de la indemnización que se fija como lucro cesante las sumas que organismos de seguridad social como el ISS, Las Cajas de Previsión, etc. pagan a los perjudicados como pensiones de viudez, orfandad, o simplemente incapacidad.

Hemos sostenido, desde hace ya varios años, que esas sumas no deben descontarse porque allí no se presenta doble pago, o enriquecimiento sin causa, como algunos lo pretenden. Tanto en el ISS como en las cajas de previsión y demás organismos se pagan al afiliado (cuando él es quien sufre la lesión) o a los herederos (cuando el afiliado muere) unas incapacidades o pensiones de viudez y orfandad según el caso, porque el afiliado o trabajador COTIZA SEMANAL o mensualmente una suma determinada, una prima, para obtener ese beneficio. Es sólo entonces la contraprestación a esas primas lo que originan su pago por parte de la entidad de seguridad social. Y la obligación indemnizatoria surge de una fuente completamente distinta es decir de la comisión de un delito o de un hecho dañoso. Descontar lo pagado por el ISS y demás entidades sería si un enriquecimiento sin causa para el responsable, pues hay enriquecimiento sin causa cuando aumenta el activo, pero también cuando disminuye el pasivo sin ningún motivo o causa legalmente establecida. Por lo tanto el hecho de que el perjudicado reciba distintos beneficios económicos por el mismo hecho no es un doble pago porque las fuentes, los orígenes de esas obligaciones, son distintas. Como sucede cuando una persona paga una póliza de seguros que incluye incapacidad o vida y la persona cobra, por estar cumpliendo con las primas que paga el monto del seguro. No puede el responsable del delito alegar o descontar esa suma del monto de la indemnización que le corresponde pagar.

Además, en caso de aceptar un doble pago que no lo es, sería al ISS o a la entidad que paga las pensiones a la que corresponde reclamar y recibir esos dineros y no a un tercero, que ni siquiera cotiza para atender al pago de ellas.

Es tan clara esta situación que en el campo laboral, en donde el patrono sí cotiza para cubrir determinados riesgos y está expresamente autorizado para descontar las sumas que haya pagado como indemnización laboral cuando se le reclama la indemnización civil que contempla el art. 206 del C. Sustantivo del Trabajo, se venía descontando todo lo pagado por el ISS pero ahora se cambió de criterio según nueva tesis de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia:

Dice así la providencia, dictada en los juicios laborales ordinarios de DALMARY DEL SOCORRO DIAZ VS. SOFASA (juizado 3o. laboral del Cto.), JOSE LEONIDAS ZAPATA MUÑOZ VS. FUTECH S.A. (juizado 6o. laboral del Cto.) MARIA ELENA VARGAS Y OTROS VS. EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN (juizado 2o. laboral del Cto.) y

otras más: "Cabe observar finalmente que no es dable descontar del monto de las aludidas indemnizaciones lo pagado por el ISS como lo pretende la empresa por las siguientes razones: a) Conforme el art. 83 del acuerdo 155 de 1963 del ISS, aprobado por el decreto 3170 de 1967, cuando el patrono es declarado culpable de la ocurrencia del accidente del trabajo y se le condena al resarcimiento pleno de perjuicios a los damnificados por el siniestro, **EL INSTITUTO TIENE DERECHO AL REEMBOLSO** de las sumas que hubiere satisfecho a aquellos y su monto es **descontable del de la indemnización correspondiente**.

Pero si el Instituto **NO ES PARTE EN EL JUICIO RESPECTIVO**, lo previsto en el art. 83 no da base para que **JURISDICCIONALMENTE** se disminuya la carga patrimonial que para el patrono significa la condena al resarcimiento pleno de perjuicios al hallársele culpable del accidente que los ocasionó. Desde luego que él no puede beneficiarse con el aprovechamiento de un valor pecuniario cubierto por persona distinta, **EL INSTITUTO** al cual compete de manera exclusiva gestionar el reembolso de lo pagado a título de simple indemnización laboral del accidente, **RECLAMANDO DE QUIENES LO RECIBIERON BIEN JUDICIAL O EXTRAJUDICIALMENTE**". . . "Tampoco debe olvidarse que la **CULPA Y EL DOLO NO SON ASEGURABLES** y que al contrario **LIBERAN GENERALMENTE DE OBLIGACION AL ASEGURADO**, cuando el siniestro sobreviene por causa de ellos".

### **LUCRO CESANTE EN EL HOMICIDIO**

Aunque los perjuicios que reclaman los herederos cuando muere el causante por falta de quien atendía a sus obligaciones económicas no encajan en forma precisa en lo que se entiende por **LUCRO CESANTE**, se ha extendido hasta allí la interpretación de ese término, dando a entender que son los daños económicos que el perjudicado recibe por la muerte de quien atendía a sus compromisos económicos. La cónyuge, los hijos y personas a quienes legalmente se les debe alimentos (art. 411 del C.C.) que demuestren que con los ingresos de la víctima o causante atendían a su diario subsistir, estudios, actividades, etc. están facultados para reclamar, como lucro cesante, esos perjuicios.

Necesario es demostrar la dependencia económica cuando ella no se encuentre establecida por la ley. Se presume, por existir obligación alimentaria, en el cónyuge y en los hijos menores o que se encuentren en estado de invalidez si son mayores o están estudiando, puesto que la obligación legal de proporcionar estudio debe ser atendida por los padres, (art. 413 del C.C.). Otras personas distintas, aunque no sean alimentarios, pueden reclamar estos perjuicios siempre y **CUANDO DEMUESTREN** (ya no se presume como en el otro caso) **LA DEPENDENCIA ECONOMICA**. Podrán entonces parientes lejanos, concubinos, amantes, amigos, reclamar estos perjuicios si demuestran suficientemente la dependencia o ayuda económica que recibían del causante.

Se han exigido por lo menos dos elementos fundamentales para poder establecer el monto del lucro cesante en el Homicidio. El primero la supervivencia o vida probable de la víctima o el tiempo de la obligación alimentaria. La supervivencia o vida probable se fija general-

mente en los procesos penales por los médicos legistas que practican la diligencia de necropsia. A falta de esta prueba se utilizan las tablas de supervivencia que, con base en estudios estadísticos de las compañías de seguros, fija la SUPERINTENDENCIA BANCARIA, sección de seguros, para todo el país. Estas tablas dan datos para los RENTISTAS (es decir para quienes viven de las rentas y no trabajan, que es un poco más alta) y para los NO RENTISTAS, (es decir los que trabajan, que es un poco más baja) y frente a la edad con que contaba la víctima aparece un número que corresponde a los años de vida que probablemente debe vivir esa persona si no se presentan circunstancias excepcionales.

#### TABLAS DE SUPERVIVENCIA O VIDA PROBABLE

EDAD ACTUAL	RENTISTA	NO RENTISTA
20	52.90	47.74
21	51.97	46.85
22	51.03	45.96
23	50.10	45.07
24	49.17	44.18
25	48.24	43.29
26	47.31	42.39
27	46.38	41.50
28	45.45	40.61
29	44.52	39.71
30	43.59	38.82
31	42.66	37.92
32	41.73	37.03
33	40.80	36.13
34	39.88	35.24
35	38.96	34.35
36	38.04	33.47
37	37.13	32.59
38	36.22	31.71
39	35.31	30.84
40	34.40	29.96
41	33.50	29.09
42	32.60	28.22
43	31.70	27.36
44	30.81	26.50
45	29.92	25.64
46	29.04	24.80
47	28.17	23.96

EDAD ACTUAL	RENTISTA	NO RENTISTA
48	27.30	23.12
49	26.45	22.30
50	25.60	21.49
51	24.76	20.69
52	23.93	19.90
53	23.11	19.11
54	22.30	18.35
55	21.50	17.59
56	20.72	16.85
57	19.95	16.12
58	19.20	15.41
59	18.46	14.71
60	17.72	14.02
61	16.99	13.34
62	16.26	12.65
63	15.54	11.98
64	14.84	11.32
65	14.16	10.69
66	13.50	10.07
67	12.86	9.49
68	12.27	8.95
69	11.73	8.46
70	11.21	8.00
71	10.72	7.57
72	10.25	7.16
73	9.78	6.76
74	9.29	6.35
75	8.80	5.94
76	8.31	5.53
77	7.83	5.14
78	7.37	4.77
79	6.94	4.42
80	6.52	4.09
81	6.13	3.79
82	5.75	3.50
83	5.39	3.23
84	5.05	2.97
85	4.72	2.73
86	4.42	2.51

EDAD ACTUAL	RENTISTA	NO RENTISTA
87	4.12	2.30
88	3.85	2.10
89	3.58	1.92
90	3.34	1.76
91	3.10	1.60
92	2.89	1.46
93	2.68	1.33
94	2.49	1.21
95	2.31	1.10
96	2.14	1.00
97	1.98	0.90
98	1.84	0.82
99	1.70	0.74
100	1.58	0.68
101	1.46	0.61
102	1.36	0.56
103	1.26	0.51
104	1.17	0.50
105	1.08	
106	1.01	
107	0.94	
108	0.86	
109	0.75	

El otro elemento fundamental es el producido de la víctima y lo que de allí le correspondía al perjudicado como ingreso o medio para subsistir y atender a sus necesidades. El producido anual de la víctima cuando recibe un salario es relativamente fácil de establecer: El salario mensual multiplicado por doce. Se agrega el valor de las primas que por ley (o convencionalmente si existe convención) se deben pagar por año. Las de servicios, de antigüedad, de clima malsano, etc. Además se debe incluir el monto de un salario por año (o más si hay convención al respecto) como cesantías y los intereses sobre ellas. Por último el valor de las vacaciones que anualmente le correspondan. Como se ve se cuantifica la productividad por el último año de la víctima, teniendo en cuenta las normas laborales o convencionales que fijan contraprestaciones al trabajo.

Los comentarios que hicimos un poco antes sobre los inconvenientes que se presentan cuando la víctima no recibe un salario sino que su producido es indeterminado (profesiones liberales), cuando está cesante, cuando es improductivo relativo o improductivo absoluto, etc. son de aplicación en este caso.

Del producido de la víctima es necesario conocer que se destinaba en beneficio del perjudicado. Algunos sostienen que se debe descontar un porcentaje del producido total (10 a 20 %) que la víctima destinaba para sus propios gastos y que no se convertían en beneficio para el perjudicado. No somos partidarios de esa tesis mientras no se modifique el criterio de que el producido que se tiene en cuenta es el de la víctima en el momento de la comisión del delito y no en el momento del avalúo o de la sentencia como apenas empieza a abrirse campo en la jurisdicción civil cuando se condena al pago de indemnizaciones por responsabilidad civil extracontractual.

La devaluación y otra serie de factores que modifican realmente el monto de la indemnización apenas sí se compensarían parcialmente con esa mínima cantidad.

Además debe tenerse en cuenta que las tesis de algunos funcionarios o falladores de que el monto total que produce la víctima, cuando los perjudicados son su cónyuge y sus hijos, debe dividirse entre estos para que cada uno reclame hasta donde le corresponda (viuda hasta su propia supervivencia porque su obligación alimentaria es permanente y los hijos hasta la mayoría de edad o tiempo de estudios porque hasta allí llega la obligación alimentaria del padre), no la consideramos acertada ni jurídica porque desde el punto de vista civil los ingresos que corresponden a cuotas de hijos ya mayores acrecen las de los menores y los de la cónyuge. Por lo tanto es indiferente que los hijos lleguen a una mayoría de edad cuando sus participaciones deben acrecer la del cónyuge o sus hermanos menores (art. 1042 C.C.) y se llega a la misma cantidad, a través de varios reclamantes o de uno sólo (aquel a quien le acrecen sus cuotas por falta, mayoría de edad, o incapacidad de los otros).

Establecidos los dos elementos esenciales: a) Productividad de la víctima por año y b) La supervivencia o vida probable, basta utilizar un medio equitativo para fijar el monto total por perjuicios materiales, lucro cesante.

Anteriormente se multiplicaba el producido anual por los años de supervivencia. Pero esa operación era injusta e inequitativa para el responsable porque pagaría de contado y en forma anticipada sumas que el perjudicado iría a recibir mensualmente y por períodos vencidos. Por eso la jurisprudencia aceptó la aplicación de algunas operaciones de matemáticas

financieras que permiten descontar los intereses que esas sumas pagadas de contado y anticipadamente deben de producir.

Se utilizaban algunas operaciones difíciles y complicadas que hacían poco prácticos esos procedimientos. Pero rápidamente se abrieron paso unas tablas que el ingeniero Egidio Garuffa, argentino creó en donde sintetizaba unas operaciones con base en una fórmula elemental. Fue así como, partiendo de un interés del 6% anual (que es el legal civil vigente en Colombia según los artículos 1617 y 2332 del C.C.) estableció de acuerdo con la supervivencia, cuanto tenía que depositarse en un banco para que se produjera un peso anual.

Y fue colocando al frente de la supervivencia o edad futura calculada un número o factor. Como ese factor corresponde a un peso de productividad de la víctima basta multiplicarlo por el producido anual y da el monto total de la indemnización por este lucro cesante de los perjuicios materiales.

Pero muchos tratadistas han impugnado el interés del 6% para descontar de la suma que se debe pagar como indemnización por el pago futuro alegando que hoy ese interés ya no corresponde a la realidad. Que el interés de mora es el 36%, que el corriente es del 18%, que el bancario normal es del 24%, etc. Por eso han pretendido desconocer las tablas de Garuffa porque parten del interés del 6% anual y han propugnado por otras tablas que en el fondo parten de los mismos principios matemáticos de la de Garuffa pero con base en un interés mayor para el descuento. El Consejo de Estado en providencia muy importante fijó su criterio al respecto y de paso logró la oportunidad para hacer algunas correcciones numéricas a las tablas de Garuffa.

Vale la pena conocerla ya que aparece publicada en la revista DERECHO COLOMBIANO, de septiembre de 1972 No. 129, pags. 299 y s.s. y específicamente en la página 323 concluye con las que estima deben ser aplicadas, teniendo en cuenta el interés que menciona en el encabezamiento de la columna.

Consideramos que mientras los arts. 1617 y 2232 del Código Civil no sean modificados el interés legal vigente para estos efectos de la indemnización continúa siendo el 6%. Cuando se trata de indemnizaciones regidas por el Código de Comercio ya allí sí se deben aplicar los intereses legales comerciales que son hoy del 18%. Pero en el caso de las indemnizaciones que surgen de los delitos deben liquidarse con el 6% por ser netamente civiles y regirse por el Código Civil y no el comercial.

**"TABLAS DE GARUFFA"**

<b>Número de vida probable o supervivencia</b>	<b>Suma que al 6% de interés anual producirá un peso</b>	<b>Suma que al 12% de interés anual producirá un peso</b>	<b>Suma que al 18% de interés anual producirá un peso</b>	<b>Suma que al 24% de interés anual producirá un peso</b>
1	0.943	0.893	0.847	0.806
2	1.833	1.690	1.566	1.457
3	2.673	2.402	2.174	1.981
4	3.465	3.037	2.690	2.404
5	4.212	3.605	3.127	2.745
6	4.917	4.111	3.498	3.020
7	5.582	4.564	3.811	3.242
8	6.210	4.968	4.077	3.421
9	6.802	5.328	4.303	3.565
10	7.360	5.650	4.494	3.682
11	7.887	5.938	4.656	3.776
12	8.384	6.194	4.793	3.851
13	8.853	6.423	4.909	3.912
14	9.295	6.628	5.008	3.962
15	9.712	6.811	5.091	4.001
16	10.106	6.974	5.162	4.033
17	10.477	7.120	5.222	4.059
18	10.828	7.250	5.273	4.080
19	11.158	7.366	5.316	4.097
20	11.470	7.469	5.353	4.110
21	11.764	7.562	5.384	4.121
22	12.041	7.645	5.410	4.130
23	12.303	7.718	5.432	4.137
24	12.550	7.784	5.451	4.143
25	12.783	7.843	5.467	4.147
26	13.003	7.896	5.480	4.151
27	13.210	7.942	5.492	4.154
28	13.406	7.984	5.502	4.156
29	13.591	8.922	5.510	4.158
30	13.765	8.055	5.517	4.160
31	13.929	8.085	5.523	4.161
32	14.084	8.111	5.528	4.162
33	14.230	8.135	5.532	4.163
34	14.368	8.156	5.535	4.164
35	14.498	8.175	5.539	4.164
36	14.621	8.192	5.541	4.165

Número de vida probable o supervivencia	Suma que al 6 de interés anual producirá un peso	Suma que al 12 de interés anual producirá un peso	Suma que al 18 de interés anual producirá un peso	Suma que al 24 de interés anual producirá un peso
37	14.737	8.207	5.543	4.165
38	14.846	8.221	5.545	4.165
39	14.949	8.233	5.547	4.166
40	15.046	8.244	5.548	4.166
41	15.138	8.253	5.549	4.166
42	15.224	8.262	5.550	4.166
43	15.306	8.269	5.551	4.166
44	15.383	8.276	5.552	4.166
45	15.456	8.282	5.552	4.166
46	15.524	8.288	5.553	4.166
47	15.589	8.293	5.553	4.166
48	15.650	8.297	5.553	4.166
49	15.707	8.301	5.554	4.166
50	15.762	8.304	5.554	4.166

Pero el hecho de descontar intereses por el pago ANTICIPADO, futuro, de una indemnización, llevó a la jurisprudencia a aceptar que la indemnización por LUCRO CESANTE se divide en dos etapas: LA CONSOLIDADA, que se liquida con base en lo ya adeudado por ese concepto entre el momento en que se presentó el hecho y el del avalúo (o la sentencia) que no tiene ningún descuento por no existir pago futuro sino ya vencido y la FUTURA, que corresponde al tiempo transcurrido entre el momento del avalúo (o de la sentencia, mejor debía ser desde el momento del pago) y la supervivencia fijada a la víctima. Como allí si se paga anticipado se puede hacer el descuento del interés compuesto aplicando las tablas transcritas.

Algunos agregan que a la CONSOLIDADA se le debían liquidar y agregar intereses al 6% (igualmente compuestos) por estar ya vencida la obligación, así como a la FUTURA se le descuentan por pago anticipado.

### MODO DE UTILIZACION DE LAS TABLAS FINANCIERAS

Con ellas se pretende descontar de las sumas entregadas el valor que corresponde a los intereses compuestos que producirían las sumas pagadas anticipadamente, es decir antes de su vencimiento y de una vez.

El Consejo de Estado, en la providencia ya indicada, hace estas consideraciones: "VALOR DE UN CAPITAL. Cuando se quiere anticipar el pago de una deuda cierta, pagadera en un tiempo futuro y determinado, teniendo en cuenta que la cantidad que se pague hasta cuando realmente se haga exigible la obligación y esa ganancia en justicia correspondería al deudor, es importante determinar el VALOR ACTUAL de ese capital o sea la cantidad que a interés se convierta en el capital que se adeuda".

Y agrega: en "EL FORMULARIO DEL INGENIERO" de Egidio Garuffa, página 37, se encuentra la fórmula matemática para estos casos, que es así:

$$C = \frac{(1 + r) (n - 1)}{r (1 + r) n}$$

### IMPOSIBILIDAD DE FIJAR EL MONTO DE LOS PERJUICIOS MATERIALES

Las dificultades que atrás se indicaron para establecer realmente el monto de los perjuicios colocan muchas veces al perito, que debe rendir el dictamen, o al juez que debe fallar o decidir, en situaciones difíciles. Por eso, en la legislación vigente, el juez puede condenar el pago de la indemnización en forma CONCRETA si encuentra suficientes elementos de juicio que le permitan establecer el monto o aceptar el dictamen que le entregaba el perito. Pero también, cuando esos elementos de juicio no son suficientes o no encuentra de recibo el dictamen, puede condenar INGENERE, es decir en abstracto, imponiendo la obligación de indemnizar, pero sin fijar la cuantía, tal como lo establece al art. 307 del C. de P. Civil. De todas maneras debe de condenar al pago de la indemnización ya fuere In-Genere o en concreto.

Hoy, o mejor a partir de enero de 1981, según el art. 107 el juez penal goza de las prerrogativas de fijar él directamente el monto de esos perjuicios. Aparentemente se pretende evitar el incidente de regulación que hoy en día existe para que cuando la sentencia sea In-Genere o en abstracto se acuda al art. 308 del C. de P. Civil para concretar su monto.

Dice así la citada disposición: "INDEMNIZACION POR DAÑO MATERIAL NO VALORABLE PECUNIARIAMENTE. Si el daño material derivado del hecho punible no pudiera evaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio del perito, el juez podrá señalar prudencialmente como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos de 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”.

Como se ve se recogen los dos aspectos del perjuicio material es decir el daño emergente y el lucro cesante que el juez tendrá que analizar detenidamente, junto con las otras circunstancias que allí se mencionan, para concluir concretando el monto de la indemnización por perjuicios materiales en sus manifestaciones de daño emergente o lucro cesante.

No puede olvidarse que esa disposición es nueva y que debe aplicarse con suma responsabilidad y cuidado pues en el momento de escribir este art., el valor de mil gramos de oro está cerca a los \$ 650.00. Los cuatro mil pueden estar valiendo alrededor de \$ 2.600.000.00. Y si este límite se aplica para cada uno de los perjudicados (pueden ser varios) las indemnizaciones se vuelven millonarias e imposibles de pagar. Claro está que la norma establece esos 4.000 gramos, como LIMITE MAXIMO y deja al juez la facultad de moverse entre 0 y esa suma para fijar los perjuicios materiales. Se supone que al límite máximo sólo debe llegarse en casos muy extremos, claros y que reúnan condiciones muy excepcionales.

Prudencia, buen tino, responsabilidad va a exigir esa norma de los falladores que van a ser uso de ella.

Un poco más adelante, al tratar el tema de los perjuicios morales subjetivos, veremos de donde salió el patrón oro para servir como medida de las indemnizaciones.

## PERJUICIOS MORALES

Estos perjuicios también deben indemnizarse. Tanto en los delitos o hechos punibles como en los hechos dañosos civiles.

El art. 95 del C. P. vigente y el art. 103 del que regirá a partir de enero de 1981, los establecen en forma específica y concreta.

Como la legislación no diferencia se debe entender que engloba las dos clases en que la jurisprudencia y la doctrina los ha dividido, como indicamos un poco atrás, en objetivados y subjetivados o pretium doloris.

Los objetivados, por sus características, son aparentemente fáciles de evaluar y se deben aportar al proceso los elementos de juicio necesarios para tasarlos. No obstante, como no es frecuente su ocurrencia o fácil su prueba, son muy pocos los dictámenes que los incluyen. Pero deben incluirse en lo posible.

No hay limitaciones en su monto. Los que se prueben, los que se establezcan se deben indemnizar.

**LOS SUBJETIVOS O PRETIUM DOLORIS.** Son los comúnmente llamados perjuicios morales.

Por tratarse de lesionamientos de los sentimientos, de angustias, de factores psicológicos, es muy difícil su valoración. Es casi imposible evaluar en dinero el dolor humano. Ninguna suma es suficiente para compensar la pérdida de un ser querido. Pero sin embargo esa situación puede mitigarse, puede hacerse menos dolorosa, menos angustiada si se compensa en algo y a través del único medio que existe entre los hombres: el dinero, ese sufrimiento. La dificultad de evaluarse ese perjuicio, que indiscutiblemente existe, no puede servir de disculpa o de beneficio para quien causó el daño.

Pero como no existen elementos objetivos, medibles, tasables, para establecerlos, desde hace mucho tiempo han sostenido la jurisprudencia y doctrinas nacionales y extranjeras, que deben ser evaluados por el juez a su arbitrio. Que no se requiere la intervención de perito, que no es necesario el dictamen.

Por eso corresponde al fallador su fijación, analizando una serie de factores más subjetivos que de otra índole. Pero un poder absoluto y arbitrario del juez, sería peligroso en este campo. Por eso se le ha fijado un límite máximo para que partiendo de cero pueda establecer el monto correspondiente sin sobrepasar el que fija la ley.

El art. 95 del C. Penal vigente establece que ese monto no puede ser superior a los \$ 2.000, cifra que hoy es irrisoria. Sin embargo los jueces penales la han seguido aplicando con base en una interpretación exegética, creemos que es equivocada.

Pero como en ninguna otra norma de la legislación colombiana se tasan los perjuicios morales (aunque los menciona el código de comercio) los falladores de otras jurisdicciones empezaron a recurrir al art. 95 del C. Penal para fijarlos en procesos civiles, laborales y contencioso administrativos.

Fue así como la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de septiembre 27 de 1974, con ponencia del Dr. Germán Giraldo, (corre publicada en la revista Derecho Colombiano No. 156 de diciembre de 1974 pags. 583 s.s.) empezó a apartarse del criterio de que los perjuicios morales subjetivos en el campo civil debían regularse por el art. 95 del C. Penal y después de algunas consideraciones fijó el límite máximo en \$ 30.000.00 para cada perjudicado. Con esta tesis, que rápidamente se abrió paso en la jurisdicción civil, también se apartaba la sala de casación civil de la Corte Suprema de Jus-

ticia de la tesis del H. Consejo de Estado, que seguía sosteniendo que en el campo contencioso administrativo se aplicaba el art. 95 del código penal y por lo tanto las indemnizaciones por perjuicios morales se limitaba en \$ 2.000.00 para cada perjudicado.

Ante la acogida de la tesis de la Sala de Casación Civil de la H. Corte, en sus demás salas (con excepción de la penal) los perjuicios morales fueron limitándose arbitrariamente, sin ninguna explicación científica o jurídica, en \$ 30.000.00.

El Consejo de Estado continuó aplicando su criterio pero ante peticiones constantes y ante la situación de antagonismo creada con la Corte Suprema de Justicia en este aspecto, el Dr. Jorge Valencia Arango en sentencia de febrero 13 de 1978, sacó avante la tesis de que se seguía aplicando la limitación del art. 95 del C. Penal pero actualizada esa suma al momento del fallo. (Ver fallos importantes al respecto en la revista DERECHO COLOMBIANO No. 207 de marzo de 1979, pags. 264 y s.s.). Analizadas diferentes formas de actualización de las sumas fijadas, después de descartar el dólar, llegó a la conclusión que los \$ 2.000.00 que fijaba el art. 95 del C. P. valían en 1937, año de su expedición, mil gramos de oro. Que era fácil entonces actualizar el valor de los \$ 2.000.00 de 1937 al momento del fallo. Simplemente lo que valieran mil gramos de oro. Para saber cuanto valen mil gramos de oro basta oficiar al Banco de la República que es el encargado de negociar el oro en Colombia. Su certificación es prueba suficiente.

Y es así como en la actualidad en las jurisdicciones contencioso administrativas y civiles (la H. Corte Suprema no ha tomado una posición diferente definida) se viene aplicando la limitación de los perjuicios morales subjetivos en el valor de mil gramos de oro en el momento de la sentencia.

Pero en el campo penal, a pesar de que se ha propuesto en varias ocasiones, no conocemos fallos que hayan acogido esta nueva posición que parece ser la más avanzada y equitativa.

Por eso consideramos que cuando el código penal que entrará a regir en 1981 dice en su art. 106: "INDEMNIZACION 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 de 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", sólo está recogiendo una tendencia doctrinaria y jurisprudencial de incuestionable equidad.

Resta solicitar a los jueces y falladores que hagan uso adecuado, responsable, de esta facultad, de ese poder que el legislador les ha conferido para que se busque el equilibrio adecuado entre las posibilidades del responsable y las pretensiones o derechos del perjudicado.

## CONSECUENCIAS DE LA CONDENA INDEMNIZATORIA PENAL

Se pretende que el pago de la indemnización fijada por los perjuicios materiales y morales se pague. Es decir que el perjudicado sea realmente indemnizado.

Indiscutiblemente queda abierto el camino de la ejecución de la sentencia por la jurisdicción civil (art. 109 C.P. y art. 308 CPC).

Pero es necesario saber que, como se trata de una sentencia dictada dentro de un proceso penal y con fundamento en un hecho dañoso PUNIBLE, existen consecuencias penales que buscan obtener el pago real y cierto de la indemnización.

Entre nosotros, en el campo penal, se ha abusado de las facilidades que se dan al condenado para que eluda en un porcentaje muy alto el cumplimiento de esas obligaciones. Se abusa o utiliza indebidamente el inciso 2o. art. 29 del actual código de Procedimiento penal (no conocemos la línea que a este respecto seguirá el código que regirá en 1982) que abrió una compuerta a la limitación que existía para que los responsables gozaran de los subrogados penales sin antes pagar el monto de la indemnización.

Claro que el abuso se complementa con la ingenuidad con que los falladores analizan el estado de insolvencia del condenado. Basta haber dispuesto de todos los bienes, haberlos traspasado, hacerlos figurar a nombre de terceras personas, para aparecer insolvente, incapaz de atender el pago de la indemnización, para que el fallador de aplicación a ese art. 29 del C.P. Penal actual. Encontramos aceptable que los subrogados no queden limitados al pago y que se excepcione al que REALMENTE esté en incapacidad de atender al pago de la indemnización, por ser trabajador y vivir únicamente de su trabajo, sin que le quede algo para cumplir esa obligación. Pero aceptar como tales a personas de solvencia anterior al delito suficientemente acreditadas, de capacidad económica notoria antes o después de la sentencia, pero que en un momento dado se insolventaron, es ingenuidad que no autoriza la aplicación de la norma. Otra cosa es que al condenado se le den facilidades para que cumpla esa obligación, que la pague por cuotas, en determinados plazos o con algunas condiciones, teniendo en cuenta las circunstancias. Pero es imposible que se eluda el cumplimiento de esa obligación, sosteniendo el juez penal que se acuda a la jurisdicción civil para la ejecución de la sentencia indemnizatoria, patrocinando así, ante la simulada insolvencia, el incumplimiento de la obligación.

Por eso encontramos adecuada la norma del código penal que entra a regir en enero de 1981 cuando dice en art. 103: "El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan. ESTA OBLIGACION PREVALECE SOBRE CUALQUIERA OTRA QUE CONTRAIGA EL RESPONSABLE DESPUES DE COMETIDO EL HECHO Y AUN RESPECTO DE LA MULTA".

Se pretende acabar con la costumbre viciosa de declararse el juez incapaz de mantener los bienes del sindicado dentro de su patrimonio cuando al ordenar las medidas preventivas o la sentencia se encuentra con que existen obligaciones del procesado por hechos posteriores a la comisión del delito, que sacan los bienes de la posibilidad de responder por las consecuencias del hecho delictuoso. Letras de cambio, hipotecas, obligaciones alimentarias, obligaciones laborales, simuladas muchas veces, que sólo pretenden burlar los intereses del perjudicado con el delito. Con esa norma se pone coto a esa situación pues los bienes no podrán distraerse o alejarse del patrimonio del responsable.

Quedamos pendientes de las normas del próximo código de Procedimiento penal que concreten estas innovaciones importantes del Código Penal.

El art. 69 del C. Penal de 1981, en concordancia con el 73, dan al juez la facultad de limitar el disfrute de la CONDENA DE EJECUCION PROVISIONAL (el término corresponde a la CONDENA CONDICIONAL del actual C. de P. Penal) y la LIBERTAD CONDICIONAL que conforman los dos subrogados penales más importantes, al imponer las siguientes condiciones para disfrutar de ellos: 3a. REPARAR LOS DAÑOS OCASIONADOS CON EL DELITO, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo”.

Por lo tanto el nuevo Código Penal continúa supeditando la concesión de la CONDENA DE EJECUCION PROVISIONAL Y LA LIBERTAD CONDICIONAL al pago de la indemnización de los daños y perjuicios, a no ser que se demuestre por el condenado que está en imposibilidad de hacerlo.

Pero esta imposibilidad debe ser absoluta y estar suficientemente acreditada en el proceso. Las imposibilidades relativas, las imposibilidades simuladas, las imposibilidades calculadas, las imposibilidades planeadas, no están incluidas en esa situación por lo tanto el juez no puede aceptarlas y no debe conceder los subrogados hasta que no se pague o se garantice el pago de las indemnizaciones fijadas por la comisión del delito.

Claro está que se pueden conceder plazos, facilidades, cuotas mensuales, descuentos, por parte del juez para el cumplimiento de la obligación, pero de allí a facilitar que se eluda ese cumplimiento, hay mucho trecho o distancia.

### **PRESCRIPCION DE LA ACCION INDEMNIZATORIA**

El art. 108 del C. Penal de 1981 dice textualmente: “La acción civil proveniente del delito prescribe en 20 años si se ejercita independientemente del proceso penal y en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal si se adelanta dentro de éste”.

Esta norma pretende corregir definitivamente la difícil situación que se está presentando

con el art. 101 del vigente código que remite al código civil para fijar la prescripción de la acción civil indemnizatoria proveniente del delito. Pero el código civil en su art. 2358 reenvía nuevamente al código penal pero al art. 108 que se refiere a la prescripción de la pena y no a la prescripción de la acción penal que regula el art. 105. Por eso se establecía que la acción penal prescribía en un término completamente distinto a la acción civil. Y ésto daba pie para confusiones notorias.

Hoy, al establecer la prescripción de la acción indemnizatoria proveniente del delito, en veinte años si se adelanta por la jurisdicción civil y en el término que prescribe la acción penal si se adelanta en el proceso penal y ante la jurisdicción penal, se clarifica en parte la situación, aunque no totalmente.

Muy importante, también para calificar distintas tesis que se discutían, el art. 109 del Código Penal de 1981 "Las causas de extinción de la punibilidad no comprenden las obligaciones civiles derivadas del hecho punible".

Queda claro así que si existe un hecho que no es punible por las circunstancias en que se presenta, no por ello deja de tener consecuencias civiles. Si el hecho es dañoso aunque no sea punible no desaparece por esa circunstancia la obligación indemnizatoria.

La prescripción fijada por el art. 108 del C. Penal se refiere a la acción que se adelanta contra el directamente responsable pues consideramos que en relación con el tercero civilmente responsable que se menciona en el art. 2347 del C. C. sigue regida por el inciso 2o. del art. 2358 del código civil . . . Los mencionados en el 2356 del C. C. que se refiere a los dueños de cosas utilizadas en actividades peligrosas, continúan regidos por la prescripción ordinaria de 20 años.

Si se trata de una persona jurídica, para efectos de la indemnización civil, la prescripción aunque se trate de casos de aplicación del art. 2347 del C.C. es la de 20 años porque ya no se acepta la tesis organicista pues cada agente compromete directamente a la persona jurídica.

### **TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES DE INDEMNIZACIONES POR HECHOS PUNIBLES**

Ya se vio que en la actualidad la acción civil para obtener el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sólo puede adelantarse, dentro del proceso penal, contra el procesado o directamente responsable del hecho. Ni el indirectamente responsable ni los terceros civilmente responsables que mencionan los arts. 2347, 2356, siguientes y concordantes del Código Civil, pueden vincularse dentro del proceso penal.

Claro que responden civilmente pero ante la jurisdicción civil, aparte del proceso penal que se adelanta contra el directamente responsable.

Sin embargo, creemos que en forma equivocada, el nuevo código penal y por comentarios el próximo código de procedimiento penal, pretende que el TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE se pueda vincular al proceso penal con el objeto de que la sentencia que se pronuncie en éste pueda tener valor inmediato y ejecutarse en contra del tercero civilmente responsable.

Hoy el tercero civilmente responsable sólo responde a través de un juicio ordinario que se adelanta ante la jurisdicción civil, ante los jueces civiles.

El art. 105 del C. Penal de 1981, dice: **“Quienes deben indemnizar. Deben reparar los daños a que se refiere el art. 103 los PENALMENTE RESPONSABLES EN FORMA SOLIDARIA, Y QUIENES DE ACUERDO CON LA LEY ESTAN OBLIGADOS A REPARAR”.**

Si analizamos la ley civil, que suponemos es a la que se refiere la última parte de la norma comentada, encontramos en el art. 2347 del C. Civil la enumeración de las personas que civilmente tienen que responder por hechos dañosos cometidos por otras; los padres por los hijos menores, los empresarios por sus subalternos, los artesanos por sus aprendices, los patronos por los trabajadores, etc.

Por lo tanto suponemos, relacionando esa situación con los anteproyectos conocidos del Código de Procedimiento Penal, que se pretende incluir entre las personas que pueden ser vinculadas a los procesos penales, a los terceros civilmente responsables a fin de que las sentencias puedan incluir la obligación que éstos tienen de indemnizar.

Ese aparente beneficio para el perjudicado se va a convertir en una verdadera fuente de problemas y dificultades porque: a) Ya van a intervenir en el proceso penal, como partes principales, con derechos y obligaciones iguales, los terceros civilmente responsables. b) La controversia puede desviarse sobre aspectos netamente económicos, que son los que determinan la obligación de indemnizar. c) Los fenómenos procesales civiles de defensa del demandado, (denuncia del pleito, llamamiento en garantía, demandas de reconvenición, excepciones, nulidades, etc.) pueden dificultar enormemente el trámite procesal penal y dilatarlo más de lo que actualmente se dilata. d) La vinculación de los bienes del tercero civilmente responsable al proceso penal también será un nido de problemas graves y delicados. e) La utilización de juicios civiles independientes para buscar acumulaciones, pleitos pendientes o cosas juzgadas en relación con los bienes o conducta de los terceros, van a ser frecuentes.

Es difícil en el caso de algunos terceros civilmente responsables como los que se encuentran

incluidos indebidamente bajo tal denominación, concretamente los que se mencionan en el art. 2356 del C.C., que corresponde a personas que están dedicadas a una actividad peligrosa y por lo tanto PRESUMIDOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL? que pueda vincularseles a un proceso penal que lleva como fin principal el conocer o establecer la RESPONSABILIDAD PENAL DEL DIRECTAMENTE RESPONSABLE. En síntesis la obligación de indemnizar del tercero civilmente responsable no siempre surge de la conducta delictuosa del dependiente, como podría ser en el caso del 2347 del C.C. Muchas veces, en el caso de 2356 del C.C. no interesa, para los fines de la responsabilidad civil, probar la RESPONSABILIDAD PENAL del dependiente, del menor, porque la ley PRESUME RESPONSABLE AL DUEÑO DEL OBJETO O COSA UTILIZADA EN ACTIVIDAD PELIGROSA y esa responsabilidad no requiere prueba de ninguna clase en relación con la culpa. En síntesis aunque el dependiente sea sobreesfido o absuelto penalmente, la responsabilidad del tercero civilmente queda vigente. Por lo tanto como la CULPA en el campo penal debe probarse por el Estado, pues el responsable está presumido en inocencia, en el campo CIVIL existe una PRESUNCION contra el tercero, situación probatoria que no sólo dificulta el trámite procesal, sino que se contrapone, como para analizarla dentro de un mismo proceso, absolviendo al responsable penalmente y condenando civilmente al tercero responsable.

La actual jurisprudencia de la Corte considera que los realmente "terceros civilmente responsables" son sólo los mencionados en el art. 2347 del C.C. Los demás que se mencionan en ese título del C.C. no lo son. En muchos de esos artículos se establece la responsabilidad personal directa.

Por lo tanto estimamos que no se debe vincular al tercero civilmente responsable al proceso penal. Van a ser mayores las dificultades y se van a encontrar más obstáculos que beneficios, haciendo así más notoria la ineficacia de la justicia penal para obtener el pago de la indemnización de perjuicios.

Claro está que esa norma no prohíbe que pueda adelantarse la acción civil indemnizatoria contra el directamente responsable o contra el tercero civilmente responsable, ante la jurisdicción civil, es decir en un proceso civil independiente del penal, pero sí crea situaciones muy inconvenientes.

Para facilitar el uso de esta fórmula y evitar las complicaciones de logaritmos, el mismo manual en la página 38 trae las tablas que indican el valor actual o cantidad que debe imponerse en un banco al interés del 6% anual para obtener una renta de un peso anual (\$1.00) durante el número de años que allí figuran.

Esa tabla, como ya se indicó, fue materia de corrección en algunas cantidades y se complementó con los factores resultantes de aplicar la misma fórmula pero con un interés mayor (12%, 18% y 24%).

Es bueno aclarar que para efectos de la supervivencia a la cual se le aplicará el factor de las tablas financieras es la menor entre las de la víctima y el reclamante pues si la víctima tiene una supervivencia mayor sólo recibiría ingresos de la víctima durante el tiempo de vida de esta y si por el contrario la víctima tiene una supervivencia mayor el reclamante sólo podría recibir ingresos o beneficios de la víctima durante su vida y no durante la vida total de la víctima.

Los números fijados como supervivencia se aplican para establecer la Supervivencia menor entre la víctima y el perjudicado y esta es la que se tiene en cuenta para buscar el factor determinante del lucro cesante.

GILBERTO MARTINEZ RAVE