

RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL*

*Vicente Emilio Gaviria Londoño***

I. INTRODUCCIÓN

Cuando en un país como el nuestro los institutos de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil han sido estudiados detalladamente por espacio de décadas y siglos, lapsos dentro de los cuales a su vez ha ido madurando y consolidándose el Estado colombiano, parecería desactualizado o carente de interés que ya adentrados en el siglo XXI se propusiera un intento de estudio de estas materias para un foro como el que nos congrega.

Por eso, al intentar abordar el tema que se me asignó para estas Jornadas Internacionales de Derecho Penal, mi primera reacción fue la de estimar que nada nuevo habría para decir sobre temas tan trajinados por la doctrina y la jurisprudencia, no obstante resultar evidente que a la luz de la Ley 906 de 2004, por virtud de la cual se implementó un nuevo procedimiento penal de tendencia acusatoria, el tema de los derechos de las víctimas, su ejercicio dentro del proceso penal y, en últimas, el ejercicio de la acción civil sufren importantes y trascendentales modificaciones que permiten afirmar que en el futuro quien ha resultado victimizado con el comportamiento ilícito y delictivo deberá pretender o perseguir la satisfacción de sus derechos constitucionales (patrimoniales, de conocimiento de la verdad y de obtención de justicia) en un escenario diferente al proceso penal.

* Ponencia pronunciada en las xxvii Jornadas Internacionales de Derecho Penal, realizadas los días 24, 25 y 26 de agosto de 2005, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

** Profesor de pregrado y postgrado de la Universidad Externado de Colombia.

Y es que si algo queda claro en estos meses de vigencia de la Ley 906 de 2004 es que allí el legislador, a través de múltiples referencias a las víctimas y a sus derechos, logró disfrazar –con éxito, sea dicho de paso– el propósito de quitarle a la víctima del delito la calidad de sujeto procesal, con lo cual soslayadamente y en clara contradicción con el artículo 250 C. N. y con las múltiples decisiones de la Corte Constitucional sobre la materia, se le impide a aquélla intervenir eficazmente en el proceso penal, relegándola a un papel testimonial, y en todo caso desconociendo el verdadero protagonismo que se le debería reconocer al aceptar que de tiempo atrás y a nivel mundial el derecho penal abandonó el fracasado paradigma de la retribución, para perseguir finalidades más constructivas y reparadoras del tejido social, como ha venido ocurriendo a través de las teorías de la reparación.

Del proceso penal propio de un Estado represor para con las conductas ilícitas debe avanzarse hacia un proceso penal encaminado a velar por la tutela efectiva de los derechos y libertades recogidos en la Norma Fundamental [...] [E]ste nuevo reto del proceso penal, que ha supuesto un cierto rejuvenecimiento de las añejas instituciones contenidas en los textos positivos, no puede perder de vista por más tiempo, pese a la incuestionable marginación doctrinal existente al respecto, como mínimo, desde la perspectiva procesal, el análisis del conjunto de derechos concedidos a quien recibe *de facto* la peor parte del proceso penal: [...] la víctima¹.

Con todo y las anteriores consideraciones, infortunadamente es lo cierto que también desde hace mucho tiempo el proceso penal colombiano se ha encargado en su práctica de desnaturalizar la acción civil que tradicionalmente se ha ejercitado al interior del trámite penal y, más grave aún, ha terminado desconceptualizando y desnormalizando ese universo constituido por la responsabilidad civil, con lo cual toda la teoría del “derecho de la responsabilidad civil o derecho de los daños”² ha terminado siendo un continente desconocido y ajeno a la pericia del penalista.

En este sentido, nadie discute en el momento actual que en altísimos porcentajes, por no decir que en todos los casos, los procesos penales que se tramitan en el país, cuando terminan con sentencia penal condenatoria, tienen como lógico corolario la condenación civil, decisión ésta que de ordinario se adopta sin analizar y precisar qué clase de responsabilidad civil era la que constituía materia de discusión y prueba; sin determinar si los extremos en que se funda esa clase de responsabilidad se reunían o no en el caso concreto; sin analizar, en fin, si era procedente o no un pronunciamiento condenatorio en punto a una indemnización de perjuicios, frente a un caso donde no se había probado la ocurrencia de un daño. ¿Cómo hablar entonces de un derecho de los daños cuando no se efectúa la constatación más elemental, cual es verificar la ocurrencia de un daño?

1 JAUME SOLÉ RIERA. *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, p.12.

2 LUIS DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 19.

En el mismo sentido, y bajo esta particularísima forma de administrar y resolver la responsabilidad civil al interior del proceso penal, en la mayoría de los causas la absolución civil no depende de que, por ejemplo, se haya demostrado culpa de la víctima o de un tercero, o de que no se haya podido establecer el nexo de causalidad entre el dolo o la culpa y el daño, sino de que la sentencia penal sea absolutoria, con lo cual ésta –la absolución penal– queda por arte de birlibirloque convertida en una nueva causa de extinción o exclusión de la responsabilidad civil.

Así las cosas, para entender adecuadamente una temática que de *lege data* no admite confusión, resulta adecuado recordar algunas características de la responsabilidad, particularmente de la civil, luego de lo cual y de tener simplemente enunciado qué se entiende por responsabilidad civil y penal, se intentará formular cuál debe ser el manejo de la responsabilidad civil al interior del proceso penal que se tramita y tramitará durante varios años de conformidad con el rito establecido por el Código de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600 de 2000), y de otra parte, se intentará precisar en qué queda el tema de la responsabilidad civil según las previsiones del nuevo procedimiento penal que se entroniza mediante la Ley 906 de 2004.

II. GENERALIDADES

Dispone el artículo 94 C. P. que “[I]a *conducta punible* origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”. Concordantemente, el artículo 9.º *ibídem* señala que para que la *conducta sea punible* se requiere que, en tratándose de inimputables, sea típica, antijurídica y desligada de una causal de ausencia de responsabilidad, al paso que respecto de sujetos imputables debe ser típica, antijurídica y culpable, agregando la disposición que “la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”.

Según lo anterior, de entrada la propia ley penal, desconociendo toda la teoría centenaria de la responsabilidad civil, estaría equivocadamente prescribiendo que estableciéndose la ocurrencia de una conducta punible se genera la obligación de indemnizar, por manera que, entonces, el legislador de 2000 habría modificado el artículo 1494 C. C., al crear una fuente de las obligaciones que no aparece en el texto original de este estatuto, pues si bien es cierto en el artículo citado existe una referencia al delito, no es en realidad éste la fuente de la obligación de indemnizar, como que ella en realidad se encuentra en el “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona”, siendo el delito, eso sí, una clase de evento que podría producir esa injuria o daño.

Dicho de diversa forma, la fuente de la obligación está en el daño, siendo cuestión diferente que ese daño pueda ser generado por conducta ilícita delictiva o por conducta simplemente ilícita.

Tal vez entonces la idea equivocada de que la condenación o absolución civil depende de la condenación o absolución penal, parte del equívoco de estimar que la obligación indemnizatoria nace o no dependiendo de la demostración o no de una conducta punible.

La regulación legal a la que venimos refiriéndonos contrasta con la definición que pacíficamente se ha aceptado respecto de la responsabilidad civil.

Según Díez PICAZO, “para que exista obligación de indemnizar un daño extracontractual, no es suficiente haberlo causado. Se requiere que en el comportamiento antecedente a la producción del daño, al que éste ha de imputarse objetivamente, se pueda encontrar culpa o negligencia. Se trata de establecer un nexo que enlaza el hecho con la personalidad del autor”³.

Para PHILIPPE LE TOURNEAU, la “responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima: su objetivo principal es la *reparación*, que consiste en restablecer el equilibrio que había sido roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima”⁴, aceptando también que aparte de este aspecto de *reparación*, igualmente puede ser *preventiva*, lo mismo que *punitiva*, como en su opinión acontece con la indemnización del daño moral. Y agrega el distinguido tratadista francés que el hecho de que la responsabilidad civil pueda ser *punitiva* es la característica que la asemeja, aunque tenuemente, a la responsabilidad penal, entendida ésta como la “obligación de responder por una infracción cometida y de sufrir la pena prevista por el texto que la reprime”⁵.

Por su parte, ALESSANDRI⁶ nos recuerda que la acepción que la moral y el derecho penal generalmente le otorgan al concepto de responsabilidad comporta la de *culpabilidad*, afirmándose que una persona es responsable de un hecho “cuando éste le es imputable, cuando lo ha ejecutado con suficiente voluntad y discernimiento”. Sin embargo en derecho civil la responsabilidad no se define por su *fundamento* sino por su *resultado*, afirmándose que una persona es responsable cuando está obligada a indemnizar⁷, luego la responsabilidad civil podría definirse como la “obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”.

3 Díez PICAZO. Ob. cit., p. 351.

4 PHILIPPE LE TOURNEAU. *La responsabilidad civil*, JAVIER TAMAYO JARAMILLO (trad.), Bogotá, Legis, 2004, p. 22.

5 *Ibíd.*, p. 23.

6 Cfr. ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno*, t. 1, Santiago de Chile, Ediar Editores, 1983, pp. 14 y 55.

7 Cfr. HENRI y LEON MAZEUD. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, t. 1, 2.ª ed., Paris, Recueil Sirey, 1934.

Por elemental y obvio que resulte, la realidad del manejo del tema nos obliga a efectuar precisiones, a saber: partiendo de un concepto omnicomprendivo, la *responsabilidad* no es otra cosa que la obligación de asumir las consecuencias de un hecho, de un acto o de una conducta. La responsabilidad puede ser *moral* y *jurídica*. “El problema de la responsabilidad moral es el pecado. Se es responsable moralmente cuando, ante Dios, si se es creyente, y ante la propia conciencia tan sólo, si se es ateo, se debe responder de un acto o de una abstención [...] Es una noción puramente subjetiva [...] existe con independencia de su resultado: un simple pensamiento puede constituir un pecado [...] Esta esfera debe quedar necesariamente fuera de la influencia del derecho”⁸.

La responsabilidad *jurídica*, como que tiene relación con actos que se exteriorizan, puede ser *penal* y *civil*, y es ésta, la *jurídica*, la única que reviste interés para el derecho.

La responsabilidad *penal* es siempre subjetiva y se refiere, según CREUS, a la posibilidad de atribuir una pena o una medida de seguridad a un determinado autor de un hecho ilícito⁹.

La responsabilidad *civil* se presenta cuando se ocasiona un daño en la propiedad de otro o en la persona, lo cual puede acontecer por la violación, trasgresión o desconocimiento de una obligación preexistente, o bien por ejecutar un hecho ilícito, o, en últimas, por cuanto así lo dispone la ley. Así lo anterior, la responsabilidad civil podrá ser *contractual*, *extracontractual* o *legal*.

Será civil *contractual* la obligación de asumir las consecuencias derivadas del hecho, acto o conducta que implica la violación de un deber regulado por la autonomía de las personas. Será *extracontractual* o *aquiliana* (llamada así por haber sido regulada en la *lex Aquilia* romana) aquella que implica la obligación de atender las consecuencias del hecho, acto o conducta violatorio de un deber genérico de comportamiento no regulado por la voluntad de las partes. Y será *legal* la que se desprende de expresas y taxativas disposiciones legales, como la que existe entre los padres y los hijos de familia.

De otra parte, la responsabilidad civil extracontractual, que es la que en últimas interesa al proceso penal, pues la contractual por principio no se discute a su interior salvo en tratándose de la obligación de indemnizar que puede caberle a las compañías de seguros de ordinario vinculadas al proceso a través de su llamamiento en garantía, puede ser *directa* o *indirecta*.

8 HENRI MAZEUD et ál. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. 1, vol. 1, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p. 4.

9 CARLOS CREUS. *Reparación del daño producido por el delito*, Santa Fe (Argentina), Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 11.

La *directa* implica que la persona natural o jurídica, convocada a atender las consecuencias del acto, hecho o conducta, es la misma que produjo la violación al deber genérico de comportamiento, evento que corresponde con las previsiones de los artículos 2341¹⁰ C. C. y 96¹¹ C. P., y que abarcaría la conducta de todos aquellos que pueden ser declarados penalmente responsables, sean autores, coautores, determinadores o cómplices, lo mismo que aquellos que sin tener un compromiso criminal, sí están llamados a atender las consecuencias dañinas del hecho, al entenderse que éste, el hecho, únicamente para efectos de responsabilidad, les es propio, como acontece con el hecho del gerente de la empresa o con el hecho del empleado medio o de ejecución de actos de la empresa, que es tan hecho propio de la persona jurídica como propio es de la persona natural que física o naturalísticamente lo desarrolló.

Ahora bien. Será responsabilidad civil extracontractual *indirecta* aquella en donde la persona, natural o jurídica, llamada a responder por las consecuencias de la violación del deber genérico de comportamiento, no fue la causante directa de la violación, sino que lo fue otra persona, o una cosa, sea esta animada (animal) o inanimada (pared) respecto de la cual se debía ejercer vigilancia y control.

Siendo que la responsabilidad penal es personalísima, siempre se responderá por el hecho propio, jamás por el ajeno, al paso que esta situación sí puede presentarse en lo que a la responsabilidad civil atañe, por manera que la responsabilidad civil del autor de la conducta punible, del coautor, determinador o del cómplice, siempre será *directa*, como que constituye responsabilidad por el hecho propio, afirmación de la cual no puede partirse para concluir que la responsabilidad civil que se ventila en el proceso penal respecto de las personas jurídicas será entonces *indirecta*, ya que es perfectamente admisible que ellas, según se dijo, respondan por el hecho propio, o bien, en determinados casos y bajo ciertos presupuestos, por el hecho ajeno.

Lo anteriormente dicho correspondería en principio a una labor con la que intentamos recordar aspectos elementales y obvios dentro de la teoría general de la responsabilidad civil, tarea indispensable, pues un adecuado manejo del tema de la responsabilidad civil dentro del proceso penal supone, no solo que se establezcan los presupuestos para que esta clase de responsabilidad se pueda declarar, sino que se tenga claro qué clase de responsabilidad civil extracontractual se pretende, esto es, si *directa* o *indirecta*, pues una y otra tienen requisitos diferentes, como diferentes son los eventos a establecer para exonerarse de cada una, aspectos sobre los cuales no puede existir

10 Artículo 2341 C. C.: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

11 Artículo 96 C. P.: “Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder”.

equivocación ni a la hora de demandar ni al momento de fallar sobre las pretensiones de la demanda.

Acontece, en este sentido, que si, a guisa de ejemplo, en la demanda se alega responsabilidad civil extracontractual *indirecta*, lo pretendido vincula al funcionario judicial, por manera que éste no puede apartarse de la demanda para darle a ésta un curso más adecuado, como sería el de la responsabilidad *directa* en un caso donde el demandado civilmente lo es la misma persona que debe responder penalmente. En otras palabras, quien demanda mal o quien demanda por una clase de responsabilidad que no corresponde, debe asumir las consecuencias de su yerro, tal y como lo ha entendido la Sala Penal del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, la cual en decisión del 13 de agosto de 2004, dijo:

[L]a facultad del juez de subsanar e interpretar la demanda de parte civil no se extiende a los eventuales errores en el fundamento legal del derecho sustantivo invocado.

La demanda civil en el proceso penal se encuentra regulada en el artículo 48 CPP [...] [E]n la exigencia de los hechos y los fundamentos jurídicos, se pide identificar la especie de responsabilidad en que se apoya la pretensión indemnizatoria, en sus aspectos fácticos y legales, porque en la justicia dispositiva, como lo es la acción civil en el proceso penal, es carga del actor precisar en la demanda qué tipo de sentencia reclama.

[...] cuando el litigante selecciona claramente una pretensión y la soporta en un fundamento jurídico inequívoco, la facultad del juez para sustituirlo por otro fundamento jurídico que considere más apropiado se ejerce con severas restricciones, porque atenta contra el principio de autonomía del accionante sobre sus derechos renunciables, y contra el principio de congruencia entre la demanda y la sentencia¹².

No obstante estas precisiones, es del caso decir algo más. Desde Roma se ha hablado de *delito y cuasidelito civil* y de *delito y cuasidelito penal*, para significar en el primer caso el hecho –doloso o culposo– perjudicial, y en el segundo, el hecho ilícito penado por la ley. Y aunque la distinción entre *delito* y *cuasidelito* civil se ha considerado que es inútil no obstante que el primer concepto supone el *dolo* y el segundo implica *culpa*, lo cual tiene una connotación similar en cuanto a las figuras vistas desde la perspectiva penal, lo que supondría que se trata de institutos idénticos, es lo cierto que los matices diferenciales en derecho civil y derecho penal pueden comportar importantes consecuencias, a saber¹³:

12 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal. Sentencia del 13 de agosto de 2004, M. P.: FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER (sin publicar).

1. Cuando un mismo hecho ilícito ocasiona daño y además está penado por la ley, como un homicidio, será simultáneamente delito civil y penal¹⁴, pudiendo perseguirse la reparación correspondiente conjuntamente con el ejercicio de la acción penal o independientemente de ella.

2. Si el hecho está penado por la ley pero no ha ocasionado un daño, habrá delito penal (como puede acontecer en ciertos eventos de tentativa donde no se genera un perjuicio con entidad suficiente para ser indemnizable), mas no civil, y por consecuencia no podrá obtenerse una indemnización de perjuicios, ni dentro ni fuera del proceso penal, con lo que resultaría evidente que el artículo 94 C. P., estaría equivocado en sus precisiones, pues no es la existencia de una conducta penal (delito penal) lo que genera la obligación de indemnizar, sino la causación del daño con una conducta ilícita (delito civil).

Es por lo anterior que resulta más adecuada la disposición del artículo 25 CPP de 2000 (Ley 600 de 2000) al decir que “toda conducta punible origina acción penal y *puede generar*, entre otras, acción civil”, dando a entender que no necesariamente la ocurrencia de la conducta punible origina la acción civil de indemnización, o mejor, la obligación de indemnizar, pues ello depende, se reitera, de la constatación de la ocurrencia de un daño.

En distintas palabras dicho, de ordinario la conducta punible ocasiona daño, pero no en todos los eventos lo genera, y si ello no acontece, no nace válidamente a la vida jurídica la obligación de indemnizar.

3. Como lógico corolario, un hecho, en tanto causa daño, puede constituir delito civil, sin que constituya conducta punible, lo cual es bastante frecuente, como que son muchos los hechos que ocasionan un daño relevante para el derecho, pero no están penados por la ley.

No obstante las diferencias que plantean estos eventos, el punto a destacar es que la responsabilidad civil extracontractual que se viene ventilando al interior del proceso penal se ha entendido que no solo constituye un mecanismo eficaz de descongestión judicial, sino que se ha convertido en adecuado instrumento de composición y solución al conflicto interpersonal que genera la conducta dañina, a punto tal que teniendo como derrotero que el daño que ilícitamente se ocasiona por una persona a otra sea debidamente reparado, se ha venido aceptando que el interés público y estatal en la persecución de las conductas punibles pueda ceder o que la acción penal se extinga, tal y como acontece con institutos como el de la conciliación y el de la indemnización integral de perjuicios.

13 ALESSANDRI RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 21.

14 En similar sentido LE TORNEAU. Ob. cit., p. 22.

Sin embargo, no por el hecho de que las víctimas y sus derechos constitucionales sean de tal entidad y trascendencia puede desconocerse que el tema de la responsabilidad civil, no obstante los estrechos vínculos que eventualmente puede tener con la responsabilidad penal, tiene una etiología propia e independiente, por manera que no se la puede hacer depender al interior del proceso penal de que se absuelva o condene penalmente al procesado.

Se tiene entonces que aunque las responsabilidades penal y civil pueden predicarse en un momento dado respecto de un mismo hecho que es a su vez punible y causante de daño, existen entre las dos clases de responsabilidad múltiples diferencias enlistadas por ALESSANDRI, las cuales es del caso citar para comprender mejor cada una de ellas, así¹⁵:

1. Por la capacidad. La capacidad penal comienza, de conformidad con el Código del Menor, a los 12 años, al paso que la capacidad civil comienza a los 10 años según el artículo 2346 C. C., disposición que además establece que los dementes no son capaces de cometer delito o culpa, siendo responsables, por los daños que ellos causen, las personas a cuyo cargo estén dichos dementes, por manera que si de dementes se trata, podrá sostenerse que pueden ser hallados responsables de conducta punible según los términos del artículo 9.º C. P., pero no podrán ser responsables civilmente por falta de capacidad, por manera que para que en el proceso penal se pueda proferir sentencia condenatoria en materia de indemnización de perjuicios ocasionados por quien padece trastorno mental calificable de demencia, según el artículo 2346 debería haber sido demandada, como civilmente responsable, la persona a cuyo cargo estaba aquella.

2. En cuanto a los sujetos pasivos. Solo las personas naturales pueden responder penalmente, al paso que las jurídicas solo responden civilmente, y responde penalmente por ellas quien intervino en el acto.

3. En cuanto a las personas contra quienes puede hacerse efectiva. La responsabilidad penal, por ser personalísima, implica que solo puede hacerse efectiva en cabeza del penalmente responsable, al paso que la civil, en la medida en que persigue la indemnización de perjuicios, puede pretenderse del que causó el daño o de sus herederos o sucesores.

4. En cuanto a la naturaleza y extensión de las consecuencias. La responsabilidad penal contempla, como sanciones, las penas. La responsabilidad civil tiene como consecuencia la reparación del daño. La pena debe ser impuesta en consideración y proporción a la gravedad del delito. La reparación debe ser proporcional a la gravedad del daño ocasionado.

15 Ibid., pp. 29 y ss.

5. En cuanto a su prescripción. La acción penal prescribe, de ordinario, en el máximo de la pena privativa de la libertad del respectivo delito. La acción civil contra el penalmente responsable que se intenta dentro del proceso penal, prescribe en el mismo lapso en que prescribe la acción penal. Pero si se persigue por fuera del proceso penal, prescribirá en los términos señalados al efecto por el Código Civil, estatuto que además señala los términos de prescripción de la acción civil en contra de quien únicamente debe responder patrimonialmente.

III. INDEPENDENCIA DE LAS RESPONSABILIDADES CIVIL Y PENAL

Siendo que una y otra responsabilidad provienen de causas diferentes, se explica que entre ellas exista una separación e independencia que no puede cuestionarse, o, mejor, que no puede desconocerse, como de hecho acontece al interior del proceso penal, donde sistemática y equivocadamente se piensa que la existencia de la responsabilidad civil depende de la declaración de la responsabilidad penal del procesado.

Para poner de presente la absoluta independencia existente entre las dos clases de responsabilidad, no obstante las estrechas relaciones que en un momento dado puedan tener, es de ver que en el artículo 2341 C. C. se preceptúa que “[e]l que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”, al paso que el artículo 25 CPP de 2000 establece que “[t]oda conducta punible origina acción penal y *puede* originar, entre otras, acción civil” (cursiva fuera de texto).

Así lo anterior, de *lege data* resulta claro que la responsabilidad penal y la responsabilidad civil son independientes, ya que en momento alguno el legislador ha afirmado en estas disposiciones que la determinación de la conducta punible genera el nacimiento o la existencia de la responsabilidad civil, pues lo que allí se indica es que la conducta punible “podrá” generar la acción civil, evento que en realidad dependerá de la constatación de un daño, lo cual guarda armonía con la previsión del artículo 56 CPP de 2000, donde se establece que “[e]n todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del *hecho investigado*, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación” (cursiva fuera de texto).

Es claro entonces que lo que permite la posibilidad de declarar la responsabilidad civil es la demostración de un daño indemnizable, no dependiendo ella de la constatación de la conducta punible y de la determinación de la responsabilidad penal; realidad tan evidente que de tiempo atrás se ha incluso propugnado por la posibilidad de que dentro del proceso penal pueda presentarse una absolució penal y no obstante ella pueda simultáneamente darse una condena civil; eventualidad esta de la cual somos partícipes, toda vez que, de una parte, el artículo 250 C. N. le impone al funcionario judicial la obligación de adoptar las providencias necesarias para garantizar el restablecimiento

del derecho, y de otra, el artículo 43 CPP de 2000, prescribe que “[e]l funcionario judicial deberá resolver dentro del proceso penal las cuestiones extrapenales que surjan de la actuación y que no sean elementos constitutivos de la conducta punible, teniendo en cuenta la efectividad del principio de restablecimiento del derecho, aplicando las normas jurídicas materiales correspondientes y las procesales penales en lo referente a la prueba y a su valoración”.

Así lo anterior, cuando el funcionario judicial por virtud de su competencia penal adquiere también competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad civil, tal poder lo conservará hasta resolver la pretensión civil, entendiéndose que un pronunciamiento sobre esta materia, más que una facultad o atribución, corresponde a un deber insoslayable regulado legal y constitucionalmente, el cual no puede limitarse o desconocerse por el prurito de que la competencia para fallar la responsabilidad civil se pierde cuando el juez penal absuelve penalmente, pues es lo cierto que esta jurisdicción podrá ocuparse de ambos temas, y de hecho logrará seguir haciéndolo, por ejemplo, por virtud de los recursos ordinarios y extraordinarios que corresponde evacuar respecto de una decisión como la referenciada.

No obstante lo anterior, es lo cierto que esta inquietud no ha sido ajena a ordenamientos jurídicos foráneos, como, a guisa de ejemplo, el argentino, donde BERTOLINI muchas décadas atrás se cuestionaba si cuando el proceso penal termina por un “sobresimiento definitivo, o una absolución puede el juez en lo criminal pronunciarse sobre la acción civil instaurada”¹⁶. Y para absolver el interrogante, señalaba que en el caso del Código de Procedimiento de la Provincia de Córdoba se establecía en el artículo 15 que “iniciada la acción civil, conjuntamente con la penal, puede ser proseguida, aunque ésta no pueda serlo, una vez que se haya decretado la citación a juicio”¹⁷.

En este sentido, entenderíamos que para el caso colombiano una solución similar podría ser admisible mientras perdure la vigencia de la Ley 600 de 2000, pues es evidente que bajo el nuevo sistema acusatorio ni siquiera puede promoverse incidente de reparación

16 ABRAHAM BERTOLINI FERRO. *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales (acción, jurisdicción, proceso)*, Santa Fe (Argentina), Castellvi, 1944, p. 135.

17 Más modernamente, CREUS recuerda que en el derecho comparado existen disposiciones como la de la legislación alemana donde se establece: “El Tribunal se abstendrá de una resolución sobre la solicitud (de reparación) cuando el acusado no fuese declarado culpable de un hecho punible” (párr. 405 OPP). Sin embargo, destaca que en el caso argentino el legislador nacional ha seguido las líneas generales de los legisladores locales: “La absolución del procesado no impedirá al tribunal penal pronunciarse sobre la acción civil en la sentencia” (párr. 2.º art. 16 Ley 23.984). Cfr. CREUS. Ob. cit., p. 73. MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, sobre el particular, trae a colación el artículo 119 C. P. español, donde se establece: “En todos los supuestos del artículo anterior [*], el juez o tribunal que dicte sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causales de exención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda” (*Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 257). * Artículo 118 C. P. español: “1. “La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva

integral cuando no hay fallo penal condenatorio. Así lo anterior, cuando el proceso penal ha llegado válidamente a la competencia del juez penal por virtud de la acusación correspondiente formulada por la Fiscalía General de la Nación, podrá y deberá el funcionario emitir sentencia condenatoria sobre responsabilidad civil, la cual dependerá no de que también exista fallo condenatorio en lo penal, como que éste puede ser absolutorio, sino de que se haya establecido la ocurrencia de perjuicios que provienen del hecho investigado y de que, claro está, se hayan demostrado los extremos de la responsabilidad civil, a los que nos referiremos más adelante.

No obstante lo anterior y pese a ser hoy de claridad meridiana que la responsabilidad civil no es un apéndice de la penal, ni depende de ella ni le es accesoria, como que es también principal según particularmente puede entenderse al aceptar que el concepto de víctimas es de rango constitucional al igual que sus derechos y las acciones para garantizarlos según se desprende de la inteligencia de la sentencia C-228 del 3 de abril de 2002¹⁸, es lo cierto que el tema de la responsabilidad civil que se tramita al interior del proceso penal continúa siendo un añadido de la responsabilidad penal, al paso que el principio del restablecimiento del derecho, no obstante constituir un derecho de rango constitucional, sigue siendo aspecto ligado a la declaratoria de responsabilidad penal, a punto tal que incluso la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha adoctrinado que institutos como el de la cancelación de títulos y registros obtenidos fraudulentamente es decisión que solo puede adoptarse de manera definitiva en la sentencia condenatoria, con lo que, en la práctica y de manera por entero equivocada, el restablecimiento del derecho quebrantado y la misma declaratoria de responsabilidad civil se hacen depender, no de la demostración del daño y del quebrantamiento del derecho, sino de la declaratoria de la responsabilidad penal.

Tal vez por esta equivocada comprensión de la responsabilidad civil, por el yerro mismo del entendimiento de que la condena en perjuicios no es, por lo menos en nuestro medio, una sanción penal que opera como una tercera vía al lado de las penas

conforme a las reglas siguientes: / 1.^ª En los casos de los números 1 y 3, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables. / Los jueces o tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos. / 2.^ª Son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado en el supuesto del número 2./3.^ª En el caso del número 5 serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso en la que el juez o tribunal establezca según su prudente arbitrio. / Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el juez o tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales. / 4.^ª En el caso del número 6, responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho. / 2. En el caso del artículo 14, serán responsables civiles los autores del hecho”.

18. Corte Constitucional, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

y medidas de seguridad, es por lo que se sigue considerando que las decisiones que producen efectos civiles solo pueden adoptarse a condición de que previamente se imponga una condena penal.

Seguramente por este erróneo juicio resultan insulares o únicas decisiones como la del Tribunal de Valledupar del 17 de junio de 1992 donde se ordenó la cancelación de los títulos y registros fraudulentos obtenidos respecto de un bien inmueble no obstante que la acción penal se encontraba prescrita y por ende resultaba imposible una condena penal, dejando entrever que aún hoy y no obstante la clara evolución que el tema ha tenido en nuestro medio gracias a la doctrina de la Corte Constitucional, los derechos de las víctimas y la responsabilidad civil del victimario, bajo el esquema procedimental de la Ley 600 de 2000, dependen de la declaratoria de responsabilidad penal del procesado, lo cual de por sí resulta ser un *ex abrupto* si por ejemplo se considera la responsabilidad civil de los llamados “terceros civilmente responsables”, realidad que se hace más evidente, lamentable y desconsoladora bajo el régimen de la Ley 906 de 2004, donde, como se dijo, para el adelantamiento del incidente de reparación integral de perjuicios es requisito *sine qua non* que exista un fallo penal condenatorio, epílogo de un proceso en el que, en puridad, no se discute, prueba ni analiza el tema de la responsabilidad civil del encausado.

Reiterando la independencia que existe entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, es de ver que de ello surgen importantes consecuencias¹⁹.

Así, puede haber responsabilidad penal sin que haya responsabilidad civil, como cuando el hecho está penado por la ley pero no ha causado daño indemnizable; al contrario, puede haber responsabilidad civil por estarse en presencia de un hecho que ocasionó daño, lo cual no requiere que además el hecho sea a la vez constitutivo de conducta punible; si bien ambas responsabilidades pueden ser declaradas en el proceso penal, también pueden ventilarse en jurisdicciones independientes; para intentar que se declare responsabilidad civil ante la jurisdicción civil no es necesario que previamente se haya decretado responsabilidad penal; si la responsabilidad se decreta en un proceso penal a instancias del perjudicado constituido en parte civil, lo allí resuelto tendrá fuerza o valor de cosa juzgada ante la jurisdicción civil.

Pero si el fallo no se emite a instancias de la parte civil, según el artículo 59 CPP no se permite que la responsabilidad se discuta en el proceso civil²⁰, pues en éste solo podrá ser materia de debate la clase de perjuicios y su monto, con lo cual el proceso ordinario se desnaturaliza, convirtiéndose más en un incidente de liquidación de perjuicios, similar al regulado en la Ley 906 de 2004.

19 ALESSANDRI RODRÍGUEZ. Ob. cit, pp. 35 y ss.

20 En este sentido SAVATIER afirma: “La decisión del juez penal en cuanto a la existencia del hecho que sirve de base común a la acción pública y a la acción civil, liga al juez civil en cuanto a la existencia de este hecho”: citado por TAMAYO. Ob. cit., t. I, p. 29.

Ahora bien. Bajo similares términos a los que se preveían en el artículo 202 de un Código de Procedimiento chileno, el artículo 57 de la Ley 600 de 2000 contempla que la decisión con la que se absuelve de responsabilidad penal al procesado tendrá efectos de cosa juzgada absoluta frente a la acción civil, la cual no podrá iniciarse ni proseguirse cuando aquella se haya basado en la demostración de que la conducta causante del perjuicio no se realizó, o que el sindicado no la ejecutó, o que habiéndolo hecho obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa.

Se trata entonces de eventos donde el legislador se anticipa a una eventual tramitación de un proceso civil, para ordenar que produzca efectos *erga omnes* una decisión de absolución penal, cuando ésta se ha basado en causales que ponen de presente la no realización de la conducta, la falta de conducta en el procesado, o la ocurrencia de eventos que el legislador puede haber considerado no solo justos sino también necesarios.

Por consiguiente, en el juicio en que se ejercite la acción civil no será lícito tomar en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con lo resuelto en la sentencia criminal o con los hechos que le sirven de necesario fundamento (art. 203 CPC) y si la sentencia hubiera sido condenatoria, no podrá ponerse en duda, en dicho juicio, la existencia del hecho constitutivo del delito [...] ni sostenerse la inculpabilidad del condenado. En tales casos, la decisión dictada en lo criminal es obligatoria para el juez civil: éste no puede desconocerla²¹.

En lo dicho hasta ahora, si bien no se ha hecho alusión a la importancia del dolo y la culpa tanto para la responsabilidad penal como para la civil, tampoco se ha puesto de presente que dichos conceptos resultan de utilidad en cuanto se discuta responsabilidad *subjetiva*, al paso que tratándose de responsabilidad civil *objetiva* o por el riesgo, no es que dolo y culpa se presuman: es que simple y llanamente se prescinde del aspecto subjetivo, pues la responsabilidad no se funda en el dolo o en la culpa del agente, sino en el riesgo que entraña su conducta.

Puede decirse entonces que frente a la *teoría del riesgo* o a la *responsabilidad objetiva*, no es que la ley establezca una presunción de culpa, pues si así fuera habría que entender que en todo caso se trata de una *responsabilidad subjetiva*, donde el legislador presume o da por probada la culpa, evento que naturalmente permitiría destruir la presunción y por ende la responsabilidad.

Lo que en realidad ocurre en cuanto a la *responsabilidad objetiva* es que se prescinde del aspecto subjetivo, por manera que para que el demandado se pueda liberar de responsabilidad le compete demostrar, no que no medió culpa

21 Ibid., p. 39.

de su parte, sino que el hecho dañino ocurrió por una causa extraña a él, “de donde llega a decirse que también se presume el vínculo de causalidad”²².

En esencia “[s]e denomina objetivo el sistema que consiste en atribuir a una persona la obligación de indemnizar a otra con independencia de que haya o no intervenido culpa o negligencia. Como afirma SALVADOR, ‘en la responsabilidad objetiva, quien cause daños responderá por ellos con independencia del nivel de precauciones que haya adoptado siempre que la ley así lo hubiere establecido’”²³.

Es cierto que la culpabilidad del artículo 12 C. P. entraña, como norma rectora, que solo se pueden imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad, y que está proscrita, prohibida o erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

Sin embargo, es de ver que esta disposición solo se refiere a la responsabilidad penal, pues, de una parte, la responsabilidad civil no puede decidirse o imponerse como una pena según el sentido que el derecho penal le asigna a este tipo de sanción, y de otra, una clase de responsabilidad civil, posible incluso de deducir en el proceso penal²⁴, es la *objetiva* o por ejercicio de actividades reputadas de suyo peligrosas, en la cual es el hecho dañino o perjudicial el que genera el deber específico de responder.

“El que crea un riesgo –dice ALESSANDRI–, el que con su actividad o su hecho causa un daño a la persona o propiedad de otro, debe responder de él. Tal es el fundamento de la responsabilidad objetiva”²⁵, concepto dentro del cual los dementes y los infantes serían responsables de los daños que causan.

Según lo anterior, parecería que poco o nada habría que discutir frente a esta

22 TAMAYO. Ob. cit., t. II, p. 262. En sentido contrario, MARIO MONTROYA GÓMEZ considera que el artículo 2356 C. C. consagra una presunción de culpa, la que se presume de derecho a cargo de quien al ejercer una actividad peligrosa, lesione en derecho ajeno”. En TAMAYO. Ob. cit., p. 263.

23 ENCARNA ROCA. *Derecho de daños*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, 1998, p. 211.

24 Sobre este particular se ha dicho: “La teoría del riesgo y la competencia del juez. Esta cuestión (que no se plantea en los sistemas que requieren la condena penal para que el juez pueda pronunciarse sobre la reparación) ha originado en nuestra doctrina y jurisprudencia un debate puesto en términos muy contradictorios. Aquella es la siguiente: dado que el juez penal tiene que pronunciarse sobre la reparación pese a la absolución que hubiere dictado con respecto al delito, ¿puede pronunciarse sobre ella desde la base de la teoría del riesgo (art. 13, párr. 2.º, Cog. Civ.)? [...] [Por ello, decidir que el juez penal asuma la competencia ‘remanente’ de juzgar un hecho –que ha desconsiderado como delito– invocando en el aspecto reparatorio la teoría del riesgo, meritando una responsabilidad objetiva, depende de la actitud del legislador que tiene que proveer una regla taxativa [...] Cabe reconocer que la tesis de la incompetencia del juez penal para resolver la cuestión civil sobre la base de la teoría del riesgo ha sido mayoritariamente rechazada por la doctrina argentina, especialmente la procedente del sector civil pero de la que participan también autores incluidos en el penalismo”: CREUS. Ob. cit., pp. 75 a 77.

25 *Ibid.*, p. 39.

clase de responsabilidad civil al interior del proceso penal. Sin embargo, aceptando que es perfectamente lícito y conveniente que en un momento dado haya condenación civil pese a la absolución penal, la declaratoria de responsabilidad civil objetiva puede presentarse dentro del proceso penal en eventos diferentes a aquellos que tienen la virtud de producir efectos de cosa juzgada penal absolutoria.

En este sentido, si la decisión penal absolutoria se ha basado en la demostración, por ejemplo, de que se actuó en legítima defensa, creemos que aunque se haya utilizado un arma de fuego para la defensa no sería posible reconocer *responsabilidad civil objetiva* por más que el empleo del arma sea considerado como una actividad peligrosa, ya que aquí es cierto que se prescinde del aspecto subjetivo de la conducta, pero contiene trascendencia jurídica el sustento de la excluyente de responsabilidad citada, la cual no sólo tiene relación con una conducta que se puede estimar justa y necesaria para el derecho, sino que además el daño podría terminar siendo obra de la conducta de un tercero, evento éste que elimina o destruye la responsabilidad objetiva.

Pero en eventos diferentes donde la absolución penal absolutoria no tiene los mismos efectos de cosa juzgada, la situación puede ser diferente.

Tal podría ser el caso del proceso penal que se adelanta en contra de Juan cazador deportivo que no obstante el cuidado que despliega en su actividad, al disparar contra un venado impacta a otro cazador que no le era visible, ocasionándole la muerte. Si en tal caso se estableciera la atipicidad de la conducta por falta del tipo objetivo o porque simple y llanamente se determinara que no existía acción final de matar sino de disparar, lo cual de ordinario determinaría la absolución por el delito de homicidio culposo, subsistiría en todo caso la responsabilidad civil, *objetiva* para el caso, como que el empleo de armas de fuego es actividad reputada peligrosa, en la cual al ocasionarse un daño se genera la obligación de indemnizar.

De conformidad con la *teoría del riesgo*²⁶ quien crea un peligro queda expuesto a responder por sus consecuencias si el riesgo llega a realizarse, consideración que es por completo independiente de si ha habido o no dolo o culpa de su parte. “El autor del daño no es responsable porque lo haya causado con culpa o dolo, sino porque lo causó”, o, como dice JOSSERAND²⁷, el que causa un daño no responde de él en cuanto culpable, sino en cuanto autor del mismo.

Según lo anterior, la *teoría del riesgo* prescinde por completo de la noción de dolo o culpa, ateniéndose exclusivamente al daño, por manera que en ella

26 *Ibíd.*, p. 114.

27 LOUIS JOSSERAND. *Cours de droit civil positif français*, 2.^a ed., t. II, n.º 558, p. 307.

la responsabilidad es un problema de causalidad y no de imputabilidad, de suerte que habiéndose causado daño en la persona o en la propiedad ajena, para que el causante quede obligado a indemnizar basta demostrar su acción u omisión, pudiendo exonerarse de responsabilidad demostrando fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o un tercero.

Ahora bien. Si a la responsabilidad *subjetiva* se opone la *objetiva* que es extraña a la idea de dolo o culpa y se deriva exclusivamente de la existencia de un daño, siendo éste y no aquél o aquélla lo que genera la responsabilidad de indemnizar, se ve con mayor claridad la independencia existente entre la responsabilidad penal y la civil, pues ni en la *subjetiva* ni en la *objetiva* la obligación depende de la constatación de una conducta punible sino de la existencia de un daño.

Según JOSSE RAND²⁸ la teoría del riesgo realiza plenamente la separación entre la responsabilidad penal y civil: “al prescindir de la conducta del agente, elimina de esta última responsabilidad toda idea de pena o castigo para no ver en la reparación sino el medio de restablecer el equilibrio económico destruido por el hecho ilícito.

Y se estima además que la teoría del riesgo es de más fácil aplicación que la teoría de la responsabilidad subjetiva, pues en aquella no es necesario el examen de la conducta para desentrañar en ella el dolo o la culpa, porque la responsabilidad objetiva se reduce a un problema de causalidad, donde solo bastará establecer el daño y el hecho que lo produjo, al paso que respecto de la responsabilidad civil subjetiva, y según se desprende de los artículos 2302²⁹, 2341³⁰ y 2346³¹, para que el hecho de la persona genere responsabilidad se requiere que (i) el autor sea capaz de ejecutar el hecho; (ii) que el hecho provenga de su dolo o culpa; (iii) que se cause un daño, y (iv) que entre el hecho o la omisión dolosa o culposa y el daño exista una relación de causalidad.

Son entonces estos los extremos de la *responsabilidad civil subjetiva* que es la que de ordinario –aunque no exclusivamente– se analiza en el proceso

28 *Ibíd.*, p. 115.

29 Artículo 2302 C. C.: “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho del que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa”.

30 Artículo 2341 C. C.: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

31 Artículo 2346 C. C.: “Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o elementos, si a tales personas pudiera imputárseles negligencia”.

penal, por manera que en ellos y en su determinación plena debe concentrarse el funcionario judicial a la hora de emitir un fallo civil condenatorio, ya que las decisiones de esta estirpe que se basan simple y llanamente en la determinación de una conducta punible, no solo resultan equivocadas sino que son abiertamente ilegales, particularmente en la medida en que la conducta punible como tal no es fuente de obligaciones según los términos del artículo 1494 C. C., como que la verdadera fuente se encuentra en el hecho que ha inferido injuria o daño a otro, del cual puede ser un ejemplo el delito³².

Resultaría largo y fatigoso abordar aquí el tema de la *capacidad*. Basta decir que quien para el derecho penal es considerado inimputable, de todas maneras está llamado a indemnizar los perjuicios ocasionados con su conducta, frente a la cual deben tenerse en cuenta las excepciones del Código Civil. Otro tanto cabría predicar sobre un intento de conceptualización del dolo y la culpa.

Pero no puede decirse lo mismo ni pasar por alto una referencia, por breve que ella sea, al fenómeno del *daño*, ya que es éste el que, en últimas, justifica la teoría de la responsabilidad, pues es sobre el supuesto o verificación de un daño que se pretende una indemnización, y solo al verificarse aquél puede haber lugar a una declaración de responsabilidad civil, la cual verdaderamente no se entiende sin daño.

Sin daño, podrá el hecho eventualmente ser constitutivo de responsabilidad penal, pero jamás lo será de responsabilidad civil, por manera que son contrarias a derecho todas aquellas decisiones judiciales adoptadas en lo penal usando y abusando de los artículos 106³³ y 107³⁴ C. P. de 1980, o del artículo 97³⁵ C. P. de 2000, pues en dichas disposiciones de manera alguna se dice o se ha dicho que los perjuicios pueden cuantificarse en salarios mínimos legales mensuales

32 “... la obligación de indemnizar encuentra su fuente en el hecho ilícito. Es este último el que grava la responsabilidad”: TAMAYO. Ob. cit., t. 1, p. 169.

33 Artículo 106 C. P. (1980): “*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”.

34 Artículo 107 C. P. (1980): “*Indemnización por daño material no valorable pecuniariamente*. Si el daño material derivado del hecho punible no pudiere evaluarse 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”.

35 Artículo 97 C. P.: “*Indemnización por daños*. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales./ Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado./ Los daños materiales deben probarse en el proceso”.

o en gramos oro cuando no se ha demostrado su ocurrencia o causación, porque lo que en verdad ha sido materia de regulación legal es algo completamente diferente, esto es, la posibilidad de cuantificar los daños en las formas señaladas, pero a condición de que hayan sido demostrados o probados en su ocurrencia, no obstante que por su naturaleza sean de difícil cuantificación pecuniaria.

No es lo mismo entonces presumir o dar por probado un perjuicio, que probarlo y existir dificultad en tasarlo en términos pecuniarios.

Así las cosas, es de claridad meridiana que no obstante la presentación de una demanda de parte civil donde además de justicia y verdad se solicita o pretende una indemnización de perjuicios, así se haya definido la existencia de una conducta punible con el consecuente reconocimiento de responsabilidad penal, en todo caso no podrá haber lugar a una declaración de responsabilidad civil cuando no se demostró la ocurrencia de un daño o cuando habiendo sido demostrado en su acontecer, no se cuantificó pese a que ello era posible.

Se reafirma así la idea de que la existencia de la responsabilidad civil no depende de la determinación de la responsabilidad penal por la demostración de una conducta punible, sino de la real ocurrencia y posterior verificación de un daño indemnizable, entendiéndolo éste como “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afecto, creencias, etc., el cual además supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea³⁶, de las ventajas o beneficios patrimoniales de que goza un individuo”; pudiendo agregarse la opinión de PLANIOL y RIPERT³⁷, según la cual la ley no considera la cuantía del daño o la menor dificultad para acreditarlo.

Complementariamente, debe destacarse que el daño que permite predicar la responsabilidad civil debe ser cierto, esto es, debe ser real, efectivamente causado, por manera que de “no mediar él, la víctima se habría hallado en mejor situación”³⁸, calidad –la de ser cierto– que no desaparecerá por la dificultad de determinar su cuantía, pues “un daño cierto en cuanto a su existencia, pero incierto en cuanto a su monto, es indemnizable”³⁹, casos en los cuales queda a la prudencia del juez y de conformidad con claros parámetros legales fijar la cuantía correspondiente.

Agréguese que no solo el daño actual es cierto o real, pues también puede serlo el futuro, a condición de que necesariamente deba realizarse, con lo

36 MAZEAUD et ál. Ob. cit., p. 235.

37 PLANIOL y RIPERT. *Cours élémentaire de droit civil français*, t. VI, p. 744.

38 MAZEAUD et ál. Ob. cit., p. 213.

39 PLANIOL y RIPERT. Ob. cit., p. 745.

cual se descarta la idea del daño eventual o hipotético, que naturalmente no es indemnizable.

Llegado este punto no puede desaprovecharse la oportunidad para sostener o recordar que los daños que deben indemnizarse y que pueden ser objeto de la sentencia que declare la responsabilidad civil son aquellos que se derivan forzosamente del hecho ilícito, los que se producen en tanto y en cuanto existe el hecho ilícito y desaparecen en cuanto éste no ocurre.

Este entendimiento resulta fundamental, pues muchas veces la doctrina y la jurisprudencia, incluso la misma ley, han pretendido a través de ambiguas definiciones precisar cuáles son los perjuicios indemnizables, recurriendo a menudo al concepto de “*perjuicio directo*”, el cual equivocadamente se ha hecho entender como aquél que recae directamente sobre el sujeto pasivo de la conducta o sobre el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.

Bien entendido el tema de la indemnización de perjuicios y del restablecimiento del derecho quebrantado, puede aceptarse que “solo es indemnizable el daño *directo*, sea inmediato o mediato. Se entiende por tal el que es consecuencia cierta y necesaria del hecho ilícito”⁴⁰, pudiendo agregarse que no solo constituye perjuicio indemnizable la lesión o fractura que sufre el ofendido titular del bien jurídico afectado (daño inmediato), sino también las afectaciones que sufren material y moralmente las personas cercanas a él (daño mediato).

Según lo anterior, se pone de presente que por encima de los confusos intentos por delimitar el ámbito de los daños indemnizables, a lo que fundamentalmente ha de estarse para saber si un daño es *directo* o *indirecto* y en consecuencia indemnizable, no es a su proximidad con el hecho ilícito, o a su denominación de *inmediato* o *mediato*, como que incluso el daño mediato puede ser *directo*, sino únicamente a “si entre el hecho ilícito y el daño hay o no relación de causa a efecto, a si el daño es o no consecuencia directa y necesaria o, como dice un autor (SAVATIER), su consecuencia lógica”⁴¹, siendo apenas claro que entre más se aleja el daño del hecho ilícito, menor probabilidad existe de que pueda tenersele por *directo*, siendo también cierto que el daño en cuanto insignificante, no obstante ser *directo*, pierde todo el interés desde el punto de vista indemnizatorio.

Dígase además que la relación de causalidad como uno de los extremos a establecer para que sea predicable la responsabilidad civil, es de expresa consagración por el artículo 2341 C. C., al decir que “quien ha cometido un

40 MAZEAUD et ál. Ob. cit., pp. 518 y 519.

41 ALESSANDRI RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 234.

42 Ibíd., p. 239.

delito o culpa, que ha inferido daño a otro es obligado a su indemnización”, agregando el artículo 2356 *ibídem*, que “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”, pues “inferir es ‘*inducir* una cosa de otra, llevar consigo, ocasionar, conducir a un resultado’, e imputar, ‘*atribuir* a alguno una culpa, delito o acción”⁴².

Ahora bien. La relación de causalidad puede ser *inmediata* o *mediata*. Será inmediata “cuando el daño deriva directamente del daño ilícito, cuando entre ambos no se interpone otra causa: la muerte de una persona producida por el atropellamiento o un balazo. Es *mediata* cuando entre el hecho ilícito y el daño se interponen otras causas, que también han influido en su producción, como en los casos de responsabilidad compleja, y de daños sucesivos. Un tren atropella a una persona, a cuyas expensas vivía otra, y le causa lesiones que le producen la muerte: en el orden cronológico tenemos primero las lesiones, luego la muerte y, por último, la pérdida que con ella experimenta la persona que vivía a sus expensas”.

“Es indiferente que la relación causal sea *mediata* o *inmediata*. Lo esencial es que el daño sea la consecuencia necesaria y directa del hecho ilícito, que en cualquier forma o condiciones en que el daño se presente, éste no se habría producido sin el hecho doloso o culpable. Concurriendo esta circunstancia, la relación causal existe por mediato o alejado que sea el daño”⁴³.

Es este, *grosso modo*, el panorama de la responsabilidad civil, particularmente cuando se la relaciona con la responsabilidad penal, restando agregar que mientras la responsabilidad penal en esencia no es susceptible de ser declarada cuando la conducta es atípica o cuando siendo típica concurre alguna causal de ausencia de responsabilidad, como en los eventos de caso fortuito y fuerza mayor, consentimiento del derecho-habiente, estado de necesidad, legítima defensa, etc.; o, finalmente, cuando la conducta no puede ser reprochable, la responsabilidad civil *objetiva* no podrá declararse o reconocerse si ha habido fuerza mayor o caso fortuito, culpa de la víctima o de un tercero, al paso que la civil *subjetiva* no podrá ser declarada cuando falte alguno de los requisitos que previamente se enumeraron.

No obstante el tiempo y espacio que hasta aquí hemos empleado en estas apreciaciones, es lo cierto que nada de novedoso existe en ellas, máxime cuando son o han sido lugar común en la jurisprudencia y la doctrina que se han ocupado de la responsabilidad civil y de su independencia y también conexión con la responsabilidad penal.

Maguer esta realidad, a diario se le desconoce al interior del proceso penal,

43 *Ibíd.*, p. 247.

pues con absoluta tozudez se sigue actuando bajo el entendimiento errado de que solo la responsabilidad penal está sujeta a claras y reales exigencias para que se pueda declarar, al paso que la responsabilidad civil carecería de todo formalismo y rigor, y su declaratoria o reconocimiento dependería, según se dijo *ab initio*, no de la demostración de unos presupuestos mínimos, pero medulares, sino simple y llanamente de la determinación de la responsabilidad penal.

Y si este panorama de cara al mandato constitucional sobre restablecimiento del derecho resulta desolador por decir lo menos, evidenciándose que en nuestro medio se ha perpetuado la creencia de que el proceso penal se justifica solo en tanto y en cuanto propenda por la imposición de sanciones penales que en realidad en nada contribuyen a la restauración de la armonía individual y social quebrantada con la conducta punible, donde la víctima ha sido y continúa siendo un mero objeto útil en cuanto de ella pueda obtenerse prueba para consolidar la responsabilidad penal del procesado, es más dramática la situación que se entroniza con las nuevas disposiciones de la Ley 906 de 2004, donde, confundida en la maraña de múltiples disposiciones alusivas a las víctimas y sus derechos, lo que en realidad ocurre es que se desconocen los derechos constitucionales fundamentales que desde hace algunos años para acá se decía eran predicables respecto de las víctimas.

En este sentido, el embleco del nuevo sistema pseudo acusatorio que contra viento y marea se implementó con la Ley 906 de 2004, a efectos de dar la apariencia de ser respetuoso del artículo 250 C. N., recurre a toda suerte de disposiciones y previsiones en las cuales se alude a los derechos de la víctima y a su intervención en el nuevo proceso penal, destacándose que si bien se le considera como “*interviniente*” dentro de la actuación, término al cual se alude claramente en el numeral 7 artículo 250 superior según la reforma del Acto Legislativo 03 de 2002, en realidad tal calidad al ser analizada dentro del proceso penal solo corresponde a una formulación vaciada de contenido material, pues es lo cierto que en la nueva normatividad la víctima no tiene ya la calidad de *sujeto procesal* ni puede realizar actuaciones de *parte* –aunque más de una vez se le reconoce tal calidad–, pues que, a guisa de ejemplo, no se le permite solicitar pruebas, ni participar en los interrogatorios, ni, como regla general, interponer recursos.

De esta suerte, en el nuevo proceso penal no solo desaparece la víctima como sujeto procesal pues, no obstante sus derechos constitucionales fundamentales a la verdad, justicia y reparación⁴⁴, ya no le es posible constituirse en parte

44 “La existencia de un derecho fundamental a la verdad, a la justicia y a la reparación implica necesariamente la posibilidad de que la víctima y el perjudicado puedan participar en el proceso penal. El numeral 7 artículo 250 C. N. establece que la “ley fijará los términos en que podrá intervenir”: JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, t. 1, 5.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 352.

civil, sino que su intervención en el proceso queda limitada a constituir excusa o sustento de legitimidad a la actuación, pero habiendo en realidad perdido la posibilidad real de ejercitar sus derechos y de contar con herramientas reales para propender en este sentido.

No obstante esta situación, resulta apenas obvio preguntarse si en el nuevo procedimiento penal, por encima del presuntamente inconstitucional tratamiento que se dispensa a las víctimas, hay lugar en realidad a declarar responsabilidad civil, o sí, por el contrario, el proceso penal quedó única y exclusivamente reservado a procurar la declaratoria de una responsabilidad penal, propósito que al parecer se ha venido alcanzando pero respecto de una clase de criminalidad que ni es la de mayor gravedad ni es la que socava los cimientos de nuestra sociedad ni es tampoco la criminalidad real sino la que resulta destacada y exageradamente publicitada en los medios de comunicación.

En este sentido, el artículo 102 de la Ley 906 de 2004 dispone que “emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado”, el fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños, a condición de que exista en ese sentido una petición previa y expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público, y salvo que la pretensión sea exclusivamente económica, pues en tal caso la solicitud solamente la puede formular la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.

No nos ocuparemos aquí de una cuestión que de por sí suscita perplejidad, por decir lo menos, cual es la regulación legal o la esencia y naturaleza procedimental de un incidente que es llamado “de reparación integral” de los daños, pero que al parecer también admite la posibilidad de que lo sea, curiosamente, para ventilar otras cuestiones como podrían ser las de *verdad y justicia*.

Importa para este momento precisar que, si bien es cierto bajo el rigor del Código de Procedimiento Penal de 2000 y de los análogos que lo han precedido resulta posible, por lo menos teóricamente, que en la sentencia se absuelva penalmente al procesado y se condene civilmente⁴⁵ a quien esté llamado a

45 Contrariamente, el Tribunal Superior de Medellín, en auto del 11 de abril de 1983, M. P.: JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (en *Nuevo Foro Penal*, n.º 28, Bogotá, Temis, 1985, pp. 251 y 252), decía: “no parece posible ni legítimo que el juez penal absuelva penalmente y condene civilmente”, refiriendo que cuando se está en presencia de una causal de exención de responsabilidad o de culpabilidad, debía ser declarada y reconocida, terminando el proceso por vía extraordinaria por “sustracción de materia juzgable y carencia de causa final (objeto y fin)”, decisión que no lesiona “los intereses de una parte civil real o virtual, pues al damnificado de todas maneras le queda la vía civil ordinaria, a la que necesariamente habría también que recurrir ante una sentencia condenatoria”. Por su parte, NÓDIER AGUDELO BETANCUR ha dicho: “los artículos 2341 y 2356 del Código Civil colombiano, son los artículos básicos reguladores de la responsabilidad civil extracontractual. Según ellos, la conducta dañosa genera la obligación de reparar; el artículo 33 (refiriéndose al C. P. de 1980) dice en su última parte que en caso de trastorno mental transitorio del cual quedan perturbaciones mentales no habrá lugar a imposición

responder por el daño, sea propio o ajeno, de conformidad con la nueva legislación tal posibilidad es absolutamente inadmisibile.

En este sentido, claramente establece el artículo 102 de la Ley 906 de 2004 que la posibilidad de adelantar el incidente de reparación está atada a la emisión de un fallo penal condenatorio.

De esta consideración se desprende, a su vez, otra conclusión: como la sentencia absolutoria tendría efectos patrimoniales, sería por esta razón susceptible del recurso de apelación, según los términos del artículo 20 de la Ley 906 de 2004. La casación podría proceder respecto de lo resuelto en el incidente de reparación, pero esta posibilidad de todas maneras implica que haya habido “fallo penal condenatorio”, lo cual plantea un galimatías, pues si al parecer la víctima en su condición de “interviniente” puede interponer el recurso de casación respecto de la providencia que resolvió el incidente de reparación integral (num. 4 art. 181), esta posibilidad tiene como lógico antecedente que el fallo penal haya sido condenatorio, pues sólo así pudo darse trámite al incidente.

Pero si lo que acontece es que el fallo penal de primera instancia es absolutorio, al igual que el de segunda, sería admisible pensar que como dichas decisiones producen efectos patrimoniales, como quiera que inhiben el adelantamiento del incidente de reparación, serían susceptibles del recurso de casación por parte de la víctima, pues ésta sería un interviniente con un claro interés jurídico en el recurso; recurso que en caso de prosperar generaría una situación bastante particular: que luego de resolverse el recurso de casación con decisión que tiene los efectos de un fallo penal condenatorio, sería posible solicitar e iniciar el trámite del incidente de reparación integral, el cual, una vez resuelto en decisión que se incorpora a la sentencia⁴⁶, sería susceptible del recurso extraordinario de casación (num. 4 art. 181 Ley 906 de 2004).

Ahora bien. No obstante que el artículo 250 C. N. se refiere a la obligación que tienen los funcionarios judiciales de velar por el restablecimiento del derecho y que así lo reitera el artículo 22 de la ley últimamente citada, el cual tiene la calidad de norma rectora, y pese a ser la reparación integral de los perjuicios

de medida de seguridad, ‘sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar’. Mi idea es la siguiente: la ley penal no necesitaba hacer el último agregado. Si lo hizo, esto tiene un sentido: el de facultar al juez penal para que haga la declaración de responsabilidad civil y condene, no obstante la absolución en relación con la responsabilidad penal [...] En resumen, el juez tiene competencia, la que le da el mismo artículo 33, para pronunciarse sobre la responsabilidad civil y más aún cuando hay bienes embargados”: *El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad penal. I. La fórmula*, Bogotá, 1991, pp. 97 y 98.

46 Artículo 105 Ley 906 de 2004: “En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, la cual se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal”.

un mecanismo concreto y eficaz para restablecer el derecho perturbado, en la sentencia el juez pierde esta facultad y se le sustrae del cumplimiento de tan importante deber, pues, según se dijo, solo podrá pronunciarse sobre el tema en un trámite adicional que de manera alguna puede adelantar oficiosamente.

Con todo, no está de más recordar que “las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición” del Código de Procedimiento Penal (art. 26 Ley 906 de 2004). No obstante las anteriores observaciones y lo que se ha expuesto desde el inicio en cuanto a la independencia de la responsabilidad civil respecto de la responsabilidad penal, el artículo 102 del nuevo Código de Procedimiento Penal da la idea de que para que se estructure la responsabilidad civil el único presupuesto es que se decrete la responsabilidad penal⁴⁷, pues bien miradas las cosas el incidente de reparación integral a que se refiere el capítulo IV del título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 da más la idea de que es una actuación o trámite donde no se busca analizar ni probar la existencia de una responsabilidad civil extracontractual, sea objetiva o subjetiva, directa o indirecta, sino simple y llanamente cuantificar unos perjuicios, con lo cual es ineludible preguntarse: ¿cuál es entonces el momento para discutir, probar y analizar si se reúnen o no los extremos de la responsabilidad civil?

En principio, y partiendo de la base de que dentro del trámite del proceso y sus audiencias no se ejercita ya la acción civil y que por consecuencia el juez en el fallo no tendría por qué referirse a unas pretensiones civiles, que entre otras cosas no han sido formuladas, como que no hay demanda de parte civil en ese sentido o en cualquier otro, habrá que afirmar, en sana lógica y no obstante lo abiertamente inconstitucional que implica un tratamiento tal, que en el proceso penal ya no se discute ni hace parte de su objeto el definir una responsabilidad civil.

Siendo así, el juez no tendrá por qué ocuparse en el fallo de pronunciarse sobre la responsabilidad, siendo cuestión por entero diferente que el fallo penal condenatorio, el cual será propiamente de contenidos y efectos penales, se constituye en condición *sine qua non* para poder adelantar el incidente de reparación.

Sin embargo, este intento de dilucidar el tema del momento en que se resuelve la responsabilidad civil, tampoco es que aparezca muy claro al interior del

47 Entendimiento este que se asemejaría a la posición de AGUDELO BETANCUR, para quien “existe un principio general que hace depender la condena civil, por el juez penal, de la condena por el hecho punible”: ob. cit., p. 100; posición que no compartimos, según se ha expuesto, como quiera que la determinación de la responsabilidad civil en manera alguna puede depender de la declaratoria de la responsabilidad penal, pues en realidad está condicionada a la existencia de una conducta, de un daño y de un nexo de causalidad entre uno y otro.

incidente de reparación, particularmente porque las normas que lo regulan no dan la idea de que allí se discuta, pruebe y concluya si en realidad existía o no responsabilidad civil.

En efecto. Las pretensiones, las cuales pueden ser patrimoniales y, al parecer, también de otro tipo, como serían las de verdad y justicia, se presentan oralmente al iniciarse la audiencia. Pero dice el artículo 103 que ello lo hace el “incidentante” y “en contra del declarado penalmente responsable”. El juez analiza la pretensión y puede rechazarla si considera que quien la promueve no es víctima, por manera que una definición que de ordinario solo puede hacerse en la sentencia luego de surtirse el trámite probatorio pertinente, como lo es la de definir si el demandante es o no perjudicado, se permite sea resuelta de plano por el juez y desligadamente de toda valoración probatoria.

Ahora bien. Si se admite la pretensión “el juez la pone en conocimiento del declarado penalmente responsable” (inc. 3.º art. 103), ofrece la posibilidad de conciliación y, si no se logra, “el declarado penalmente responsable”, lo dice el inciso 3.º artículo 103, “debe ofrecer sus propios medios de prueba”.

Como se advertirá, estas disposiciones aluden concretamente a la posibilidad que tiene la víctima de elevar pretensiones en contra del “declarado penalmente responsable” y de la facultad que tiene éste, a su vez, de ofrecer sus propios medios de prueba, con lo que sugiere la ley que el debate probatorio sobre la responsabilidad civil del penalmente responsable no se adelanta en las audiencias del proceso, ni en el juicio oral previo al fallo, sino en un incidente, donde, en esencia, toda la discusión que de ordinario se adelantaba a lo largo de un proceso declarativo queda reducida al trámite de una audiencia oral (art. 104) en la que se practican las pruebas que cada parte ofrece y se oye el fundamento de sus pretensiones.

Y se establece también que si el “declarado penalmente responsable” injustificada-mente no comparece, se resuelve con base en la prueba aportada por los presentes, disposición que se antoja inconstitucional por ser violatoria al derecho de defensa, pues si no existe en este trámite incidental una demanda, no habrá tampoco notificación personal de una decisión admisorias de una demanda –evento que tradicionalmente se ha entendido permite que se trabe la relación jurídica procesal–; no se entiende entonces ni menos se justifica cómo puede resultar posible que bajo bases tan precarias se condene civilmente a una persona, imponiéndosele la carga de indemnizar los perjuicios ocasionados con la conducta.

Si bien esta situación debe invitarnos a reflexionar acerca del tratamiento que el legislador terminó dándole al tema de los derechos de las víctimas y al restablecimiento del derecho, pensamos que este afán desmedido del legislador

por obtener sentencias condenatorias, no solo contrasta con la reacción judicial verdadera que desde el 1.º de enero de 2005 se está presentando respecto de la criminalidad real y no respecto de la criminalidad a la que aluden los medios de comunicación amarillistas, sino que particularmente pone al descubierto que se le ha dado más importancia y valía al inmediatez y espectacularidad de las decisiones rápidas que a los derechos fundamentales de quienes de una forma u otra intervienen en el nuevo proceso penal pseudo acusatorio.

En este sentido, es de ver que la nueva legislación, al igual que lo hace el Código de Procedimiento Penal de 2000, habló del tercero civilmente responsable y entendió que es “la persona que según la ley civil debe responder por el daño causado por la conducta del procesado” (art. 107).

Sin embargo y aunque en el literal c artículo 11 se establece que la víctima tiene derecho a obtener “una pronta e integral reparación de los daños sufridos a cargo del autor o partícipe del injusto o de los *terceros* llamados a responder en los términos de este Código”, es lo cierto que el nuevo código por parte alguna determina o siquiera sugiere bajo cuáles términos debe responder el civilmente responsable.

Así, es claro de una parte que la participación del tercero no está contemplada ni permitida dentro de las audiencias previas al fallo, resultando inconcebible que no obstante ello se le pueda hacer comparecer al trámite del incidente de reparación integral, constituyendo un *ex abrupto* monumental, si es que cabe tal expresión, que siendo que las pretensiones que se formulan en el incidente se elevan directamente en contra del “declarado penalmente responsable”, como expresamente lo dispone el artículo 103, con todo al tercero civilmente responsable se le puede hacer comparecer al incidente, a solicitud de la víctima, del condenado o su defensor (art. 103).

Y es que si en el curso del proceso no se discutió la responsabilidad civil del tercero civilmente responsable, como que ni siquiera se discute la responsabilidad civil del imputado o acusado, amén de que no está previsto que pueda intervenir en el proceso, constituye una flagrante violación de su derecho de defensa que se le pueda “citar” por la víctima, sin que a ésta se le exija que formule pretensiones en contra del tercero; o que a manera de un llamamiento en garantía o de una denuncia del pleito se le haga citar por el condenado, eventos estos en los que, en todo caso, no previó la ley la posibilidad de que el citado solicite o acompañe pruebas y se pronuncie sobre las pretensiones.

Resulta entonces que de conformidad con las sesudas disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Penal en cuanto al trámite del incidente de reparación integral, al tercero civilmente responsable puede deferírsele responsabilidad o ser condenado por el daño que causó la conducta del declarado penalmente

responsable, sin habersele dado la posibilidad de defenderse, de haber sido oído y vencido en juicio, con lo cual se entroniza en el sistema jurídico colombiano una clase de responsabilidad que incluso va más allá que la responsabilidad objetiva, como lo sería la responsabilidad de los que no tienen derecho a defenderse.

Más lógico resulta el tratamiento que el artículo 108 dispensa al asegurador, así ello constituya un retroceso enorme y un desperdicio del esfuerzo que significó consagrar en su momento en la ley la posibilidad de hacer comparecer al proceso a las compañías de seguros e incluso de condenarlos civilmente, ya que aquí por lo menos el legislador dispuso que a esta clase de personas jurídicas solamente se les puede hacer concurrir al proceso para efectos de buscar con ellas una conciliación, por manera que la posibilidad de que en el proceso penal se les vincule con el deber de reparar los daños, dependerá exclusivamente de que la aseguradora voluntariamente así lo acepte, lo cual denota entonces que se trata de una disposición legal completamente carente de significado, pues elimina la posibilidad de cualquier medida coercitiva que pudiera obligar a la compañía de seguros a pagar el siniestro asegurado.

Tiénesse, en suma, que al paso que en el Código de Procedimiento Penal de 2000 la víctima cuenta con múltiples mecanismos reales para hacer valer sus derechos, en todo caso la definición de una responsabilidad civil parte del supuesto de que el condenado tuvo oportunidad de defenderse de la imputación civil. Pero en el esquema del nuevo sistema procesal penal, la sensación que queda del estudio de su articulado es que por encima de los derechos constitucionales de las víctimas prima el interés de rendir culto a las características de un sistema acusatorio puro que no es el que en definitiva se implementó en Colombia, y de que para disfrazar esta realidad se recurre a violentar derechos fundamentales, por cuya vía se desnaturaliza aún más la responsabilidad civil que puede decretarse en el proceso penal, pues ya no dependerá ésta de que se haya declarado una responsabilidad penal, como en el modelo del Código de Procedimiento Penal de 2000⁴⁸, sino simple y llanamente de que quien debe responder civilmente haya sido citado a comparecer a un trámite puramente incidental.

48 Equivocado en todo caso.