

## LA IMPUTACIÓN PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LAS SEDES CIVIL Y PENAL<sup>1</sup>

*Lic. Javier Lisandro Madrigal Navarro*

### Introducción

La imputación y determinación del daño para obtener su justa reparación ha sido uno de los temas más relevantes dentro de todas las ramas del derecho. Su desarrollo doctrinario y normativo ha llegado a conformar el nuevo *Derecho de Daños* que abarca todos los criterios que las partes procesales deben incluir para determinar el daño ocasionado por una conducta humana, lo cual implica tener en cuenta criterios de imputación objetivos y subjetivos, que varían –para los efectos de este trabajo- de la rama del Derecho Civil a la rama del Derecho Penal.

El tema de la reparación del daño ha llamado la atención de los juristas del Derecho Penal en las últimas décadas, por su importancia en varios aspectos. En primer lugar, por la propuesta que proviene del *Abolicionismo* de la necesidad de eliminar el Derecho Penal y

buscar otras opciones para la resolución de los problemas sociales, que podrían tener su origen en la indemnización de los perjuicios causados a las víctimas y que apartan con ello el castigo de naturaleza penal que se le pueda atribuir al ofensor<sup>2</sup>. En segundo lugar, este tema ha sido muy desarrollado por los instauradores de la *Justicia Restaurativa* que buscan no sólo la reintegración al seno de la sociedad del ofensor, sino también la reparación total del daño y la mediación entre las partes del conflicto<sup>3</sup>. Y en tercer lugar, la corrección del daño recibe importante atención de parte de los procesalistas que tanto en sus pretensiones civiles como en sus planteamientos penales requieran de la exacta determinación del daño para su reparación, ya sea mediante la restitución o reivindicación de la cosa, de la indemnización de los perjuicios o por la misma reparación del daño ocasionado, cuestión aceptada también por aquéllos quienes promueven

1 Este material es elaborado como parte del Curso de Medicina Legal de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica impartido por el Profesor Dr. Franz Vega Zúñiga.

2 En ese sentido ver: CHRISTIE, (Nils), *La industria del control del delito ¿La nueva forma del holocausto?*, 1ª Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, (1993); y HULSMAN, (Louk) y BERNAT DE CELIS, (Jacqueline), *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, 1ª Edición, Ariel Derecho, España, (1984).

3 Al respecto puede consultarse: *Justicia Restaurativa en Costa Rica: Acercamientos Teóricos y Prácticos*, I Congreso de Justicia Restaurativa, BERNAL ACEVEDO, (Fabiola) y CASTILLO VARGAS, (Sara), (compiladoras), Costa Rica, (Junio de 2006).

la observancia de un *Derecho Penal Mínimo*<sup>4</sup>. Independientemente de la posición ideológica con que se aborde el juicio, para la víctima, el proceso penal debe ser un medio reparatorio, que nunca agrave las consecuencias del delito.

Como vemos, estas posiciones ideológicas sobre el papel del Derecho Penal como método de resolución de los conflictos sociales ha llevado a la interrogante sobre cuál rama del Derecho podría ser más adecuada para la reclamación formal de un daño. Aunado a lo anterior, analizaremos también los criterios sustantivos utilizados para la determinación de un daño reclamado formalmente.

#### A.- El marco ideológico de la reparación del daño conlleva al respeto de los derechos fundamentales.

Propugnar por la utilización del Derecho Civil para obtener una adecuada indemnización o reparación del daño, implica referirnos a las características que revisten la materia penal. Y esto lo podemos observar mediante los siguientes argumentos:

#### 1.- El derecho penal tiene carácter de *última ratio*.

Se ha dicho por la doctrina más calificada que la verdadera misión del Derecho Penal es la de proteger, a través del control formalizado, los intereses humanos fundamentales que no pueden ser defendidos de otra manera<sup>5</sup>; y esos intereses sólo pueden ser intervenidos por el derecho penal bajo criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en su sentido más estricto<sup>6</sup>, pues corresponde al Derecho Penal la solución de los ataques más graves a los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico.

La intervención del derecho penal sólo es admisible si se observan determinados principios fundamentales de la ley penal en un Estado de Derecho.<sup>7</sup> Y sobre ello tienen especial relevancia los principios “*pro homine*” referido al respeto de la dignidad de la persona, y del principio “*pro libertate*” según el cual, todo aquello que afecte o perjudique la libertad debe interpretarse de manera restrictiva, y aquello que la beneficie debe ser interpretado de manera extensiva,

4 Cfr. FERRAJOLI, (Luigi), *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 4ª Edición, Editorial Trotta, Madrid, (2004) y *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, (1995). En contra del abolicionismo ver HASSEMER, (Winfried), *Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal*, Conferencia pronunciada en el acto de clausura de los XII Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Salamanca, Traducción de Miguel Ontiveros Alonso, Universidad de Salamanca/Universidad Anahuac Norte.

5 HASSEMER, (Winfried) y MUÑOZ CONDE, (Francisco), *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, 1ª Edición, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, (1989), p.p. 100-122.

6 Con respecto al desarrollo del principio de proporcionalidad ver: CUELLAR SERRANO (Nicolás González), *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Editorial Colex, Madrid, (1990).

7 Una referencia bibliográfica interesante sobre el desarrollo de los derechos fundamentales como recursos contra los excesos del poder en un Estado de Derecho es: GÖSSEL, (Karl H.), *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, 1ª Edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, (2007).

según el artículo 2 del Código Procesal Penal. Ello implica que en un Sistema Democrático de Derecho el ser humano no debe ser considerado como un medio, sino más bien la finalidad última de sus actuaciones. Además debe de acatarse el principio de lesividad que suele sintetizarse con el aforismo “*no hay delito sin daño*” que exige que no haya delito sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado: “*nullum crimen sine injuria*”. De éste modo, la intervención punitiva sólo puede justificarse respecto de conductas graves para los demás y que afecten las esferas de libertad ajenas, con la concurrencia del principio de inocencia en todos sus efectos procesales.<sup>8</sup>

Esta concepción surge como antagónica a la teoría tradicional, que consideraba la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona, acorde con los dictados de la teoría del contrato social; y se trata de otro límite o barrera de contención al poder punitivo del Estado, a fin de evitar la imposición de sanciones penales o la consagración de los tipos penales que no tengan como fundamento la protección de un bien jurídico.

Por su parte, el principio de intervención mínima constituye uno de los grandes límites al poder punitivo estatal. Por ello, todo Estado que se rija por los postulados

democráticos y pretenda proteger los derechos y las garantías de los individuos debe respetar este límite. El principio general de la *intervención penal mínima* consiste en que el Estado podrá intervenir y ejercer su poder punitivo sólo en aquellos supuestos donde las demás ramas del derecho se han mostrado insuficientes para dar solución a esa situación social que requiere una respuesta satisfactoria e indispensable para el mantenimiento de la armonía y la paz social. La intervención penal del Estado solamente se justifica cuando sea necesario para el mantenimiento de su organización política, dentro de una concepción de protección de los principios democráticos. De ello inferimos dos consecuencias: sólo debe recurrirse al derecho penal cuando hayan fracasado todos los demás controles, teniendo por ello *carácter de última ratio*. En segundo lugar, no es válido utilizarlo frente a toda situación sino solo con respecto a determinados y concretos hechos que revistan mayor entidad.

A la luz de los principios del derecho anteriores, podemos ver con claridad que el derecho penal es inadecuado para resolver problemas patrimoniales debido a su *carácter de última ratio* para la solución de los problemas sociales que pueden encontrar medios más adecuados en otras ramas del Derecho como la Civil o la del

8 Con respecto al principio de inocencia en relación a las diferentes corrientes criminológicas ver: LLOBET RODRÍGUEZ, (Javier), *La prisión preventiva (Límites Constitucionales)*, 3ª Edición, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, (2010),

Derecho Administrativo. Sin embargo, para obtener beneficios de esta rama del Derecho, es necesario realizar las reformas que permitan agilizar los procesos civiles para hacerlos más expeditos y ágiles (oralidad y concentración en primer término). Ello podría traer como beneficio la disminución de la carga judicial en materia penal y la celeridad del proceso civil, ofreciendo así a la sociedad un instrumento versátil y efectivo para la resolución de conflictos más efectivos que los de la materia penal.

## **2.- El derecho penal debe dar participación a la víctima dentro del proceso.**

Uno de los alegatos más antiguos contra el derecho penal, y del cual han obtenido provecho quienes propugnan por un *Derecho Penal Máximo*, es que se expropia a la víctima de su intervención dentro del proceso convirtiéndolo en un convidado de piedra, y que por ende, su participación en el proceso tiene solamente un carácter simbólico, en el cual la víctima no logra, a su entera satisfacción, la reparación al perjuicio que le han provocado.

Este efecto de exclusión de la víctima del proceso penal para nosotros tiene su origen en el feudalismo dentro del cual los intereses de las víctimas comenzaron a reemplazarse por los intereses del Estado para reducir

las fuentes del conflicto. Esto provocó que el proceso penal centrara su atención en el daño ocasionado al interés público del Estado con el cual se quería lograr el respeto a los mandatos del monarca, a cuyos efectos los castigos propinados ante la desobediencia de los súbditos eran penas pecuniarias, la tortura y la condena de muerte.

En nuestro tiempo la situación no es la misma. Las relaciones entre el Estado-nación, la democracia y el poder político han evolucionado hacia el respeto de los derechos fundamentales, y con total acatamiento a las garantías del imputado dentro del proceso penal, la víctima puede exigir la reparación del daño recibido, sea ésta patrimonial o extra-patrimonial. Y por esa razón es que la víctima debe ser reparada a su entera satisfacción, en cualquier tipo de daño sufrido, dentro de los cuales podemos citar el daño corporal, el daño moral, el daño patrimonial, el daño reflejo o el daño al proyecto de vida, como actualmente se está planteando ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>9</sup>

Ahora bien, la víctima debe ser oída en el proceso, y expresar su concepción de reparación, pues perfectamente podría expresar su deseo de no utilizar el proceso penal y desistir de su accionar por encontrar que la sanción impuesta pudiera resultar desproporcionada en cuanto a su concepción

<sup>9</sup> Al respecto ver FERNÁNDEZ SESSAREGO, (Carlos), El "daño al proyecto de vida" en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, en la Revista Judicial, Costa Rica, Nº 95, (Marzo del 2010), p.p. 13-145.

de reparación del daño y para la cual una reparación simbólica podría ser suficiente.

## **3.- El derecho penal debe contribuir a lograr la paz social.**

El derecho penal no puede tener como simple finalidad la retribución del daño causado. La paz social puede lograrse mediante el arreglo pacífico, íntegro y satisfactorio, y por ello se han contemplado dentro del proceso penal los instrumentos pertinentes que en etapas anteriores al juicio permitan lograr un encuentro armonioso entre el actor-víctima y el imputado, para impedir que la cosa juzgada material impida solucionar el conflicto y que además trascienda en la conciencia de los individuos para que los resultados obtenidos alcancen la virtud del arreglo armonioso e impida la revancha rebelde o violenta de las partes.

## **4.- El derecho penal debe permitir una integral y completa reparación del daño, a entera satisfacción de la víctima para evitar con ello la venganza social.**

A pesar de que el Derecho Civil habla de "reparación" en el artículo 1045 del Código Civil, y que consiste en que la víctima sea restituida, de ser posible, al estado anterior al daño en que se encontraba, y no solamente la indemnización pecuniaria de los daños (pérdida sufrida) y de los perjuicios (ganancias dejadas de percibir), la conciliación y la reparación integral del daño pretenden que la víctima sea reparada en igual medida que en la forma civil.

Debemos recordar que nuestro derecho penal también permite un arreglo que consista no sólo en la indemnización pecuniaria al daño ocasionado, sino también en ciertos casos en disculpas, explicaciones, obligaciones de hacer o dejar de hacer, indemnizaciones con montos simbólicos a favor del querellante o de cualquier institución. Y cualquiera que sean los términos acordados, lo más importante es el acuerdo profundo entre la víctima y el ofensor en la solución de sus propios conflictos.

## **B- Elementos constitutivos en la determinación del daño.**

La reparación del daño requiere de la determinación precisa del daño. Esto significa que la determinación del daño nos lleva a la discusión del bien jurídico que ha sido afectado por la actuación del ofensor y en qué monto cuantitativo o cualitativo éste ha impedido el desarrollo de la persona en su individualidad y como ser social. Esta afectación sufrida al bien jurídico tutelado la da el tipo penal y la forma de imputar el daño subjetiva u objetivamente al ofensor obedece a reglas procesales y sustantivas que deben ser verificadas para responsabilizar correctamente a la persona que ha ocasionado el perjuicio.

Nosotros entendemos por "Daño", toda signo de perjuicio físico, psíquico, moral o material que pueda sufrir una persona. Más particularmente, podemos significarla como todo detrimento, perjuicio o menoscabo que

por acción de otro se recibe en la humanidad o bienes de una persona. El daño en sentido estricto constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento en la esfera jurídica patrimonial o extra-patrimonial de la persona damnificada, el cual provoca la privación de un bien jurídico respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso.

Las dos categorías de daños en materiales y morales se derivan de las dos clásicas categorías de derechos patrimoniales y extra-patrimoniales. El daño constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extra-contractual, pues el deber de resarcir sólo se configura si ha mediado un hecho ilícito dañoso que lesione un interés jurídicamente relevante susceptible de ser tutelado por el ordenamiento jurídico.

De ahí deriva la importancia de que un daño deba ser cierto, directo, personal y plausible para que sea indemnizable. Para que tenga el carácter de cierto, debe ser real y efectivo, no eventual, ni hipotético, y no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturas. Directo significa que debe ser la consecuencia inmediata del hecho dañoso y personal significa que debe ser imputable al responsable de realizar el hecho que provocó la lesión. Por otro lado, el daño debe ser probado, así como sus consecuencias inmediatas y directas. Ésta exigencia es conocida como *Principio de Prueba del Daño* que sólo se quiebra en las

obligaciones contractuales a través de las cláusulas penales.

A continuación analizaremos los instrumentos que nos ofrece el Derecho Civil, seguido por las reglas que también nos brinda el Derecho Penal para obtener la reparación del daño.

### 1.- La reparación en la vía civil.

La reclamación formal por la reparación de un daño en ésta vía no responde al principio de intervención mínima, sino que responde a una necesidad de acceder a la justicia para buscar la resolución de un universo de situaciones civiles y comerciales que comprende el derecho de las personas, los derechos de la personalidad, el derecho de las obligaciones y de los contratos, el derecho de cosas o de bienes, que regula la materia de los derechos reales y, en general, las relaciones jurídicas de los individuos con los objetos o cosas, tales como la propiedad, los modos de adquirirla, la posesión y la mera tenencia, el cual comprende, además, el análisis de las diferentes acciones judiciales que el ordenamiento jurídico otorga para la protección de las situaciones jurídicas del Derecho Privado.

Por esa razón el proceso civil se caracteriza por el dominio de las partes del procedimiento, y en éste el juez sólo debe tomar en cuenta los hechos que contiene el escrito de la demanda, la contestación o la contrademanda, dando así la participación a las partes para que desempeñen su rol

dentro del proceso y de acuerdo a la defensa de sus intereses.

Desde el punto de vista civil, para reclamar la reparación, la sustitución o la indemnización de un daño, debemos contar con los siguientes elementos que conforman la reparación civil extracontractual:

**a.**-Debe existir un acto ó comportamiento, o bien, un hecho o evento dañoso y contrario a derecho, el cual puede ser activo u omisivo. En el caso de la responsabilidad civil contractual se habla de un incumplimiento, que es la conducta antijurídica de un contratante.

El comportamiento se define en derecho civil, como el fenómeno temporal, que a diferencia de los eventos (los hechos naturales y los hechos de vida), se caracteriza por estar constituido por una iniciativa humana externa que incide sobre intereses jurídicamente relevantes.<sup>10</sup>

**b.**-Es necesario la existencia de un daño cierto, sin el cual no puede existir el resarcimiento. Desde el punto de vista civil la obligación de indemnizar sólo nace cuando el comportamiento activo u omisivo ha producido un menoscabo en la persona o en los bienes de la víctima. En concordancia con lo que venimos sosteniendo, la prueba del daño es una condición necesaria para que

pueda prosperar la acción civil resarcitoria en todos sus extremos.

Propiamente, la creación de un riesgo en el Derecho Civil no constituye un acto ilícito. Por ejemplo: si un automóvil circula por el carril izquierdo de una vía, sin causar ningún tipo de daño, no podrá causarse ningún tipo de reclamación por reparación.

**c.**-Ulteriormente se requiere de la intencionalidad, que se basa en la culpa o la negligencia, pues no está obligado al resarcimiento aquel a cuya conducta nada se le pueda reprochar. El dolo en materia civil, es muy parecido al dolo penal, y lo podemos definir como la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad, sabiendo que puede causar un daño en los demás, pero sin necesidad de que el agente haya podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos.

La culpa, por su parte, se considera como el grado de diligencia posible, y supone un actuar negligente, descuidado, imprevisor que causa un daño sin quererlo el agente. Aunque debemos recordar que en materia civil la culpa ha sido entendida no sólo como negligencia (es hacer de menos, es la carencia del comportamiento necesario para evitar que se incurra en el daño previsto), sino también como impericia (actuar sin los conocimientos técnicos requeridos),

10 PÉREZ VARGAS, (Víctor), Derecho Privado, 3ª Edición (revisada), San José, Costa Rica, Litografía e imprenta LIL S.A., (1994), p. 386.

imprudencia (exceso de actividad ó hacer de más) y la inobservancia de reglamentos o deberes (normas que tienen como fin la adecuación de ciertas conductas al correcto ejercicio de un arte o técnica para evitar el alcance de un daño, mediante la previsibilidad de un resultado negativo como mecanismo de prevención). Para que haya culpa, es preciso que el resultado dañoso haya sido previsto como posible, o que haya tenido que ser previsto.

d.-Y por último, la relación de causalidad entre el daño y el hecho que lo ocasiona; lo que equivale decir que un comportamiento ha causado un daño, cuando ésta ha desempeñado un papel eficiente y generador en su producción.

En el Derecho Civil utilizamos **“teoría de la adecuación”**<sup>11</sup> a la relación causal para establecer la relación entre acto y daños (y perjuicios). La teoría de la adecuación se conoce también con el nombre de la **“teoría de la condición adecuada”**<sup>12</sup> o como la **“teoría de la causalidad adecuada”**.<sup>13</sup>

Según esta teoría sólo es condición del resultado aquélla causa que es adecuada

para producirlo, y esta causa se considera que es adecuada cuando una persona con discernimiento pudiera prever que ese resultado puede producirse ante la presencia de determinadas circunstancias, naturales frente al sentido común y al buen juicio de su raciocinio. Pero como estos conceptos son tan amplios y de tan difícil limitación, se utiliza además el criterio de la debida diligencia, según el cual, si un resultado se presenta, a pesar de haber actuado sin contravenir el deber de la debida diligencia, esto es, actuando sin omitir los cuidados requeridos en una situación concreta, se actúa con ello dentro del campo de lo jurídicamente permitido, por lo que esa condición del resultado no será su causa en sentido jurídico. De esta forma, la previsibilidad del hombre medio y la debida diligencia, son los criterios utilizados por el derecho civil para determinar cuando un comportamiento determinado –en el sentido civil-, es condición del resultado.

En el derecho civil se excluye la responsabilidad civil por exclusión del nexo causalidad<sup>14</sup> a través la fuerza mayor, la culpa de la víctima, el hecho de un tercero<sup>15</sup>, así como también el denominado hecho

11 CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco), Derecho Penal, Parte General, T.I., (2008), p. 410.

12 CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco), Causalidad e imputación de resultado, 1ª Edición, San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, (2003), p. 89.

13 En este sentido, pueden verse, entre otras, las resoluciones 467-F-2008 de las catorce horas veinticinco minutos del cuatro de julio de 2008, o la 1008-F-2006 de las nueve horas treinta minutos del veintiuno de diciembre de 2006, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

14 En ese sentido ver la resolución N° 295-F-2007 de la Sala Primera de Corte Suprema de Justicia, San José, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de abril del dos mil siete.

15 PÉREZ VARGAS, (Víctor), (1994), p. 404.

del príncipe cuando es ocasionado por la Administración Pública. También se excluye por el caso fortuito, pero por ausencia de culpa al no haberse podido prever el evento.<sup>16</sup>

Como lo veremos, la responsabilidad civil tiene un fundamento radicalmente diferente a la penal, pues no pretende la represión de determinadas conductas, sino que parte de un resultado dañoso ya ocurrido, y regula el resarcimiento del sujeto lesionado en su persona o patrimonio, con lo cual pasa a un segundo plano la finalidad de norma de control social. Falta en la vía civil, el elemento clave de la tipicidad, que es sustituida por la efectiva causación de un daño.

Por último es necesario mencionar que la doctrina civil avala que en el momento de valorar el daño se recurra a criterios de sensatez y de justicia que permitan resolver el caso concreto de acuerdo a sus circunstancias específicas, por lo cual la resolución del juez debe conducirse por razonamientos que hayan sopesado las circunstancias de manera prudente y equitativa, acudiendo por supuesto a la sana crítica racional.

## 2.- La acción resarcitoria en la vía penal.

En esta vía la acción civil resarcitoria es totalmente accesoria a lo que se decida por

el juez penal, sin embargo, todo lo que se refiere a la acción civil se regula de acuerdo a las normas y preceptos del derecho civil, por así estipularlo el artículo 138 de las Reglas vigentes sobre responsabilidad civil, según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971, correspondiente a su Título IV, Libro I del Código Penal de 1941 que dice que *“Las obligaciones concernientes a la reparación civil, tratada en este capítulo, se extinguen por los medios y en la forma que determina el Código Civil, para las obligaciones civiles”*, lo cual requiere de un análisis que comprenda todas las reglas y principios civiles.

Procesalmente, podemos decir que la acción civil resarcitoria en esta vía tiene las siguientes características: a) atendiendo a su finalidad, no nos cabe la menor duda de que a través de esta acción se pretende hacer valer una pretensión del derecho privado; b) la acción civil es independiente de la acción penal, a pesar de que ambas se basan en los mismos hechos y tengan diversos contenidos y finalidades; y c) en la sede penal, sólo puede ser ejercida cuando esté pendiente la acción principal.

En nuestro ordenamiento jurídico, cuando una conducta humana se exterioriza para constituir un delito, por estar definido como tal en el Código Penal o en leyes especiales, causando con ello una lesión a un bien jurídico tutelado, y con ello un daño de carácter patrimonial o extra-patrimonial en detrimento

16 PÉREZ VARGAS, (Víctor), (1994), p. 408.

de una persona, entonces, tanto los autores como los partícipes de la acción delictiva asumen la obligación solidaria de reparar el perjuicio ocasionado (artículo 1046 Código Civil). Una excepción a la responsabilidad civil solidaria se contempla en el artículo 20 del Código Notarial, según el cual, si dos o más notarios públicos actúan en conjunto, todos serán solidariamente responsables por las faltas u omisiones, salvo si las circunstancias revelaren que son imputables sólo a uno o algunos de ellos.

Esta afirmación es de suma importancia, pues mientras el derecho penal considera el delito como una afectación a los derechos fundamentales de la sociedad, el derecho civil lo considera como un hecho ilícito que perjudica un interés particular de quien sufre el perjuicio, determinando con ello un deber jurídico de resarcimiento que recae en el verdadero responsable. Por ello en la vía penal, el delito queda sujeto, simultáneamente, a las normas penales y civiles, precisamente por sus repercusiones de carácter individual.

De esta forma, la realización del derecho civil en la vía penal, depende de una situación de hecho prevista abstracta e hipotéticamente, que sólo será aplicado cuando exista un delito que genere un daño privado y una persona obligada al resarcimiento. Ese daño generado da origen al derecho subjetivo de reparación, y consiste en el derecho de exigir a otro el cumplimiento que el deber que deriva de la norma jurídica le impone. De

ésta forma el Derecho Penal parte de que la persona debe ser sancionada de acuerdo a la Constitución Política, teniendo en cuenta las circunstancias objetivas (entre ellas, el daño causado), y las subjetivas (como lo son las circunstancias que lo llevaron a delinquir).

La existencia de este derecho subjetivo, y consecuentemente, de la responsabilidad que surge con el delito, depende de cuatro elementos:

**a.- Que exista una acción humana ya que las conductas involuntarias no producen la obligación de indemnizar.**

En virtud del principio “*cogitationem poena nemo patitur*”, las emociones, los pensamientos y las actitudes internas no tienen relevancia penal. La relación psíquica de la acción nos indica que sólo una persona puede ser capaz de acción, y por ello el derecho penal sólo puede responsabilizar a una persona la acción propia, configurándose con ello un Derecho penal de acto y no de autor, en el cual no puede juzgarse la personalidad del individuo.

La persona jurídica no es capaz de acción en el sentido jurídico-penal, ello según el aforismo latino “*Societas delinquere non potest*” que significa que las sociedades no delinquen, pues la responsabilidad reside en la persona de sus representantes o gestores legales.

Iguals consideraciones respecto de la responsabilidad civil pueden hacerse sobre

los actos delictivos imputados a las personas jurídicas. Si bien la persona jurídica no puede ser sujeto activo de delitos, habrá que indagar la responsabilidad penal de los miembros de su junta directiva y por ello esas acciones delictivas pueden generar consecuencias civiles para la misma persona jurídica y, eventualmente, para quienes la dirijan o la constituyan, pues si bien no convierte a las personas jurídicas en sujetos activos del derecho penal, hace recaer sobre ellas las consecuencias de los daños que ocasionen quienes las dirijan o administren, entre los cuales están los daños provenientes de delitos.

Esta imputación de las acciones propias no tiene los mismos límites en derecho civil, ya que en determinadas situaciones se debe responder por el hecho ajeno, aún al margen de cualquier indagación de culpabilidad. Y no solamente por el hecho ajeno, sino por acontecimientos que se producen como derivaciones de movimientos de las cosas, ya sean animadas o inanimadas. Empero, interesa destacar que cuando se debe responder por el hecho de terceros, es preciso destacar la responsabilidad objetiva de los artículos 1047 y 1048 del Código Civil.

Por supuesto, la conducta humana no pudo haber sido producto de una fuerza física irresistible, o del acaecimiento de un movimiento reflejo o incluso defensivo.

**b.- Que exista un tipo penal, cometido con dolo o culpa y que se conforme el injusto penal que da lugar a la responsabilidad civil.**

El delito debe referirse a una conducta humana, que cumpla con los elementos objetivos y subjetivos de un tipo penal. Esto quiere decir que el sujeto debe tener conocimiento y voluntad de realización del tipo (directo o eventual) o haber obrado con inobservancia del deber de cuidado que le incumbía de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en el caso de habérselo representado como posible, por haber actuado confiado en poder evitarlo.<sup>17</sup>

Podría afirmarse que el concepto de culpa penal tiene su origen en la rama civil.<sup>18</sup> Sin embargo en derecho civil el concepto de culpa se utiliza para la reparación del daño y no para la represión de conductas ilícitas. Por esa razón, la menor culpa existente en un caso concreto da lugar a la reparación

17 Debemos recordar que en nuestro país la ley prevé expresamente determinadas formas de comisión culposa.

18 Ver: TERRAGNI, (Marco Antonio), El delito culposo en el Tránsito y la Medicina, 1ª Edición, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, (2010), p. 19, quien apunta que: “La problemática penal de la culpa se complica a raíz de que ha partido del Derecho Privado y no ha conseguido aún desvincularse de él en forma definitiva (...) Las definiciones de culpa son numerosas, tantas, como los intentos de caracterizarla y de buscarle sinónimos. Sin embargo, llama la atención que pocas veces se haya advertido que resulta imposible señalar los contornos de la culpa en sí porque ésta no existe (...)”.

del daño. No así en materia penal donde se habla de la innecesidad de castigar los hechos cometidos con culpa inconsciente.<sup>19</sup>

Atendiendo el grado de previsibilidad o inevitabilidad del evento, el caso fortuito es un evento imprevisible aún utilizando una conducta diligente, pues si pudiera haberse previsto sería evitable. La fuerza mayor, por el contrario, es un evento que, aún cuando pudiera preverse, es inevitable. El caso fortuito, a diferencia de la fuerza mayor, que se caracteriza generalmente por su inevitabilidad, tiene más bien por eje definitorio la imprevisibilidad; por esta razón es determinante que el sujeto, antes de la producción del acontecimiento haya actuado con diligencia. Se entiende que si a pesar de

darse esa diligencia, el evento sigue siendo imprevisible, estaremos en presencia del caso fortuito, el cual exime la culpa, y por lo tanto la responsabilidad. Pero si el daño no fue previsto por no usarse la diligencia debida, estaremos ante una conducta negligente determinante de responsabilidad. La culpa excluye en ese sentido, al caso fortuito.<sup>20</sup>

La doctrina mayoritaria<sup>21</sup> también impone como causas de atipicidad el caso fortuito, la fuerza mayor y el riesgo permitido. Sin embargo, en virtud del artículo 33 de nuestro Código Penal, “*no es culpable quien realiza el hecho típico por caso fortuito o fuerza mayor*”. Por esa razón la doctrina más calificada nos dice que, en los procesos

19 BACIGALUPO, (Enrique), Manual de Derecho Penal, (Parte General), 2ª Edición, Temis-ILANUD, (1984), p. 70, quien nos dice que: “La no punibilidad de la culpa inconsciente se fundamenta en al marco de la teoría finalista sobre la base de la deficiente o defectuosa estructuración de la personalidad como fundamento determinista de las acciones antijurídicas particulares”.

20 PÉREZ VARGAS, (Víctor), (1994), p.p. 403-408.

21 ALEGRÍA HIDALGO, (Juan Luis), Derecho Penal, Parte General, UAP, Fondo Editorial, Perú, (2007); BACIGALUPO, (Enrique), Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición, Hammurabi, (1999); BUSTOS RAMÍREZ, (Juan J.) y HORMAZÁBAL MALARÉE, (Hernán), Lecciones de derecho penal, Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito, Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, (1999); FONTÁN BALLESTRA, (Carlos), Manual de Derecho Penal Parte General, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Abelot-Perrot, (1998); HURTADO POZO, (José), Manual de Derecho Penal, EDDL, Segunda Edición, Lima (1987); JESCHECK, (Hans-Heinrich), Tratado de Derecho Penal, Parte General, Traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Editorial Bosch S.A., Barcelona, (1981); MÁRQUEZ PIÑERO, (Rafael), El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo, Universidad Nacional Autónoma de México, (2005); MUÑOZ CONDE, (Francisco) y GARCÍA ARÁN, (Mercedes), Derecho Penal, Parte General, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, (2002); POLITOFF, (Sergio); MATUS, (Jean Pierre) y RAMÍREZ, (María Cecilia), Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, (2003); NÚÑEZ, (Ricardo C.), Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ª Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Marcos Erner-Editora Córdoba, (1999); PAVON VASCONCELOS, (Francisco), Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Décimo Séptima Edición actualizada y corregida, Editorial Porrúa, (2004); ROXIN (Claus), Derecho Penal, Parte General, 1ª Edición, Madrid, España, Editorial Civitas, (1997); SÁNCHEZ ROMERO, (Cecilia) y ROJAS CHACÓN, (José Alberto), Derecho Penal, Aspectos Teóricos y Prácticos, 1ª Edición, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, (2009); SCHÜNEMANN, (Bernd), Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal, Bogotá. Ibáñez, (2007); ZAFFARONI, (Eugenio Raúl), ALEJANDRO (Alajía), ALEJANDRO (Slokar), Manual de Derecho Penal Parte General, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar, (2002).

causales atípicos, en los cuales el resultado es imprevisible, nuestro Código Penal dispone expresamente la exclusión de la culpabilidad del agente por el caso fortuito o la fuerza mayor<sup>22</sup> como consecuencia del artículo anterior.

Además de típico, el hecho debe ser antijurídico, pues sólo el injusto penal da lugar al reclamo de indemnización de daños y perjuicios. De ésta forma tenemos que no se configura el injusto penal cuando no se constata la existencia de una antijuricidad material. Tampoco puede concurrir ninguna causa de justificación legal o suprallegal, como las que tienen su origen en el derecho consuetudinario, la doctrina y la jurisprudencia.

Según el principio de unidad del ordenamiento jurídico, no pueden existir contradicciones en su seno, y por ello la consecuencia natural es que si el acto resulta justificado a los fines penales, no puede ser ilícito para el derecho civil. Y esto es así porque resultaría un contrasentido aplicar una pena a quien realiza los fines del derecho. Por ello, quien obra en legítima defensa de sus derechos, o de los derechos de terceros, actúa lícitamente, y esa licitud excluye la obligación de indemnizar. Sin embargo, si una persona al defenderse utiliza un objeto perteneciente a un tercero, el cual resulta dañado o destruido en el hecho, o

si alguien causa un daño a otro para evitar un mal mayor actual o inminente y que no hubiera provocado el mismo, el beneficiario de dicha acción deberá satisfacer una justa indemnización según las circunstancias del caso. Estos perjuicios causados aunque son permitidos por el ordenamiento jurídico deben ser resarcidos a título de equidad.

Esto quiere decir que si la acción necesaria con la cual se ejerce una causa de justificación es impune por resultar conforme a derecho, pero esa justificación no implica necesariamente la ausencia de consecuencias civiles, ya que el daño se provocó para salvar un bien de mayor valor; consecuentemente es justo que quien se benefició, sea el agente o un tercero, repare los perjuicios ocasionados. No a título de sanción, porque la conducta es lícita, pero sí en forma de justa compensación. La fuente es la equidad, ya que descartada la culpa del propietario-víctima del bien sacrificado y la del autor del daño justificado, sólo la equidad indica que no debe soportar la desilusión de su patrimonio.

Por otro lado, la existencia de la culpabilidad acarrea consecuencias penales. En caso de que no exista una comprobación de la culpabilidad, sólo se conformaría el injusto penal, que da lugar a indemnización. En función de lo anterior debemos tener en cuenta que son *causas de exclusión de la*

22 CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco), Causalidad e imputación de resultado, (2003), p. 26.

*culpabilidad* los casos de (1) la inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad y (2) el error de prohibición invencible, que elimina el conocimiento de la ilicitud, por lo que en su presencia sólo se conformaría el injusto penal que da lugar al derecho de reclamar la reparación del daño sufrido.<sup>23</sup>

Ahora bien, recordemos que en el caso de que un imputado sea declarado inimputable, aún así la persona que esté a su cargo será quien tendrá que responder por el daño que cometió. También debemos tomar en cuenta que la pena es la medida de la culpabilidad. Mas en cambio, la reparación o la indemnización de los daños ocasionados se determinan independientemente de la medida de la culpabilidad, y aunque puede variar su monto, ésta no es aumentada por el reproche de la conducta misma, pues la extensión de la responsabilidad civil reside en la relación causal del hecho que ocasionó el daño.

En el derecho penal juvenil, la acción civil para el pago de daños y perjuicios ocasionados por los hechos atribuidos al menor de edad, deberá promoverse ante el juez competente, con base en las normas del proceso civil, independientemente de lo dispuesto en la resolución del Juez Penal Juvenil.<sup>24</sup>

#### **c.- Que exista un daño.**

Este daño debe tener las características de ser privado, cierto, directo y efectivo, que haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico tutelado, como consecuencia para la persona o el patrimonio del damnificado.

#### **d.- Que entre el delito y el daño exista un nexo de causalidad idóneo.**

Como vemos las consecuencias de que la causa civil sea accesoria al proceso penal acarrea la situación de que sea también accesoria en las resultas del proceso, con

23 También debemos tener en cuenta, que en nuestro derecho se consideran como causas de exculpación o causas de exclusión de responsabilidad, los siguientes casos: (1) el exceso en la legítima defensa, (2) el estado de necesidad exculpante, por tratarse de casos de culpabilidad disminuida, de modo que el legislador renuncia, sólo en virtud de una especial indulgencia, a la formulación, en sí todavía posible, del reproche de culpabilidad (ROXIN, (Claus), Derecho Penal Parte General, (1997), p.p. 814-815). También lo son (3) la coacción o amenaza -que elimina la exigibilidad de actuar conforme a derecho-, (4) la no punibilidad entre parientes, (5) el miedo insuperable (BACIGALUPO, (Enrique), Manual de Derecho Penal, (Parte General), (1984), p. 138), y (6) la obediencia debida, que debe cumplir con tres requisitos: a-que la orden dimanase de autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formas exigidas por ley; b-que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expide la orden y c-que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible (en ese sentido consultar la sentencia número 700-2006 de Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica), entre otras. Por otro lado, son causales personales de no punibilidad, el desistimiento voluntario y el arrepentimiento activo, que eliminan la pena para quien las realiza, pero dejan subsistente el carácter típico, antijurídico y culpable del hecho. En ese sentido ver CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco), Tentativa y desistimiento voluntario, 1ª Edición, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, (2003), p. 124, criterio que sostiene en su obra Derecho Penal, Parte General, T.III., p.p. 290-291. Sobre el desistimiento voluntario como causal de exclusión de la tipicidad ver: Chinchilla Calderón, Rosaura, El principio de legalidad ¿Muro de contención o límite difuso para la interpretación de la Teoría del Delito en Costa Rica?, 1ª Edición, San José, Costa Rica, IJSA, (julio del 2010).

24 Artículo 55 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, 9ª Edición, San José, Costa Rica, IJSA, (2008).

la consecuencia de que en materia penal existen más filtros que garantizan el principio de inocencia.

En materia penal el tema de la causalidad nos debe revelar dos aspectos importantes: en primer lugar nos debe determinar el tipo de relación entre el comportamiento del supuesto causante y el resultado dañoso, que nos permita concluir que la una es causa del otro, y también, nos debe decir hasta donde se desarrolla la causalidad.

Para ello, en el derecho penal utilizamos la **“teoría de la igualdad de las condiciones”** conocida también como la **“teoría de la equivalencia de las condiciones”**, en donde la responsabilidad se limita por la aplicación de los criterios normativos de la imputación objetiva<sup>25</sup>. Para esta teoría es causa del resultado toda condición que suprimida mentalmente haría que no se produjese el resultado, o toda condición del resultado que agregada hipotéticamente en los delitos de omisión pudieran evitar el resultado.

La teoría de la igualdad de las condiciones utiliza como correctivos al dolo y la culpa, así como a los criterios normativos de la imputación objetiva (Roxin) que limitan la responsabilidad.

Dentro del marco esclarecedor de la imputación objetiva, debemos recurrir en

primer lugar, *al fin de protección de la norma lesionada* que incluya resultados de primer orden y conceda la prioridad a la causa que precisamente pretenda evitar el tipo penal.

Se debe tomar en cuenta que existen *riesgos que deben ser permitidos* y que deben ser soportados por el ordenamiento jurídico para el funcionamiento social (como el tránsito vial, los riesgos derivados de las actividades laborales ó la producción industrial).

Debe tenerse también presente la influencia de otras cadenas causales importantes para el caso concreto. Por ello, se debe examinar *la libre y responsable autolesión y puesta en peligro, libre y voluntaria de la víctima*, que atribuye a cada uno la responsabilidad de su propio comportamiento. Otro criterio auxiliar de la imputación objetiva es la *auto-responsable intervención de un tercero*, la cual permite la atribución de una obra como suya (del tercero responsable) y no como producto de la casualidad.

Por último, debe tenerse en cuenta *la disminución del riesgo del autor*, según el cual, si el mismo disminuye el riesgo que existe para la víctima de sufrir un percance, con su accionar se elimina la creación de un riesgo posiblemente dañino y concomitantemente a ello, el criterio suficiente de imputarle el resultado en caso de que este se diera.

25 CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco), Derecho Penal, Parte General, Tomo I, (2008), p. 410.

Por estas razones, en materia penal, la culpa de la víctima no excluye la culpabilidad del autor, mas en lo civil, su concurrencia disminuye la responsabilidad.

### 3.- La valoración del daño imputado.

En cuanto a la valoración del daño corresponde al juez realizarlo según su apreciación de las pruebas, pero debe de resolver utilizando los criterios de la sana crítica racional, la cual alude a las nociones de la experiencia, la razón y la lógica, acompañadas por los conocimientos de la ciencia, la psicología y la sociología, todo en aras de dilucidar la verdad. En este momento es cuando debe acudir a los distintos medios de prueba que se le presentaron en juicio, donde la prueba pericial adquiere una especial relevancia. Esto se debe a que la peritación es el medio probatorio que aporta datos especializados y determinantes al proceso de verificación y refutación que se desarrolla en una investigación judicial.

El juez debe basarse en criterios objetivos en donde juega un papel de suma importancia la labor del perito actuario matemático, quien debe calcular el porcentaje de la incapacidad en una compensación económica para la víctima, para lo cual existen múltiples procedimientos. En estas operaciones actuariales de naturaleza económica-jurídica, los cálculos del perito deben derivar de la aplicación de principios de rentabilidad financiera, pero a la vez, también principios de lógica y validez jurídicos, en donde está

presente la probabilidad de ocurrencia de un evento y la probabilidad de producción del daño, junto a criterios de imputación objetivos y subjetivos.

En otras palabras, el perito informará al juez sobre las posibles causas del daño y sobre la gravedad de los efectos producidos por el mismo, sustentado en métodos científicos que respondan al grado actualmente alcanzado por la respectiva ciencia, arte o técnica. Por ello es inadmisibles que su informe sea impreciso, incoherente y contradictorio, y por el contrario, sus fundamentos deben gozar de firmeza y calidad, pues este criterio técnico debe ser aplicado junto a criterios jurídicos específicos como los anteriormente mencionados.

Tenemos, entonces, que la determinación del daño se produce por un método analítico deductivo, que contrapesa criterios de imputación jurídicos, diferentes en la rama del derecho civil y de la penal, y a criterios técnicos y objetivos de la ciencia en el caso concreto, que deben incluir la proporción del daño sufrido, el impacto sobre la vida de la víctima, los efectos que el mismo produjo y que afectará el normal desarrollo del ofendido.

### Conclusión

Como vimos, la naturaleza del derecho penal responde a fines distintos a los de los fines

civiles. El derecho penal por su carácter de ultima ratio no puede intervenir en todos los casos, salvo en agresiones graves a los bienes jurídicos tutelados. A pesar de ello se ha trabajado en aspectos relevantes para dar mayor participación a la víctima, para que la misma tenga la oportunidad de obtener una justa reparación al daño sufrido y para lograr con ello la paz social.

Apesar de ello el derecho penal es inadecuado para resolver asuntos de poca gravedad, pues una sanción de pena privativa de libertad podría producir un daño social mayor que la reparación pretendida por la misma víctima, esto por cuanto además del mal ocasionado por un delito de poca gravedad, vamos a tener que sumar el mal causado al ofensor con una pena que en este caso no va a cumplir su papel de readaptación a la sociedad, y con la posibilidad de que la prisionización genere en el privado de libertad una cultura de desadaptación, cuando pudo haberse evitado mediante la utilización de otros instrumentos de carácter constructivos

que permitieran no solo la compensación de la culpabilidad del ofensor, sino también una reparación socialmente constructiva, cosa que no puede lograr el mal impuesto con la pena.

Por esa razón la respuesta puede estar fuera del proceso penal, pues una utilización de sus instrumentos para lograr objetivos materiales, esto es, por encima de la dignidad de la persona humana, pueden ser tan perversos como la misma inexistencia de posibilidades para que las personas obtengan una justa solución a sus problemas.

Debemos utilizar los instrumentos procesales de manera tal que permitan la incorporación de las partes de nuevo a la convivencia social. Y ello sólo se logrará con una reforma de procesos civiles que permitan la obtención de rápidas soluciones a los conflictos sociales que pudiesen responderse a la luz de sus principios, en procesos más expeditos, dinámicos y sencillos, y que se adecúen a la celeridad procesal perseguida actualmente por otras ramas del Derecho.