



## **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala Penal**

### **INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL - PRINCIPIO CONGRUENCIA: Flexibilidad cuando existe afectación de derechos de menores de edad.**

“Nótese como la amplitud que pretende otorgar el Artículo 281 CGP, al principio de congruencia hace alusión a los asuntos de familia que involucren a ciertos sujetos que por sus especiales características gozan de prevalente protección, pero donde nace la discrepancia de ésta colegiatura con el apelante, es cuando pretende darle el contexto de asuntos de familia, únicamente a aquellos que se ventilan específicamente ante los jueces de familia, interpretación que se itera, resulta acomodada y alejada de aquella que ordena nuestra constitución y legislación, la cual pide a los jueces que en situaciones donde se vean en entredicho los derechos de menores de edad, se debe hacer todo lo posible por aplicar la norma en pro de beneficiarlos.

(...), si el incidente de reparación integral, es un procedimiento que se adelanta al rigor de la legislación civil y la naturaleza del conflicto planteado en busca de la pretensión indemnizatoria muestra tener un diáfano origen en un asunto de familia que involucra los derechos de una persona que merece especial protección por parte del Estado, considera la Sala que están dados los presupuestos para dar cabal aplicación al primer Parágrafo del Artículo 281 CGP, sentido en el cual, si la juzgadora de origen observaba necesario realizar un fallo *ultra petita* a fin de garantizar los derechos del menor víctima, estaba en la posibilidad de hacerlo”.

### **PERJUICIOS MORALES / TASACIÓN: *quantum* se rige por el principio del *arbitrio judicium*.**

“Obsérvese que el perjuicio extrapatrimonial de tipo subjetivo es el daño moral que vulnera la parte afectiva, los sentimientos, el fuero interno de las personas, y por tanto su *quantum* también se rige por el principio del *arbitrio judicium*, siendo el juez el encargado de tasarlos de acuerdo a la experiencia, la calidad de la víctima, la naturaleza de la conducta, la magnitud del daño causado y demás particularidades del caso concreto; pero no requieren de un sustento probatorio como sí se exige respecto de los daños materiales y los morales objetivados y en ese sentido conforme a lo explicado por la Alta Corporación en materia penal, se debe acreditar únicamente la demostración del daño.

Y resulta que para el *sub examine*, ese daño que se deriva de la omisión en el pago de la obligación alimentaria se encuentra plenamente acreditado, de lo que surge que la facultad de la jueza de primer nivel para imponer la condena ostenta pleno respaldo, en cuanto a su base”.

---

## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA DE DECISIÓN PENAL**

<b>Magistrada Ponente</b>	: Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
<b>Asunto</b>	: Apelación de sentencia incidente de reparación integral
<b>Delito</b>	: Inasistencia alimentaria
<b>Sentenciado</b>	: <b>DAGB</b>
<b>Proceso: No.</b>	: 520016000487 2008 80106 01 N.I. 13055
<b>Aprobado</b>	: Acta Nro. 02 de 20 de enero de 2021

San Juan de Pasto, veinticinco (25) de enero de dos mil  
veintiuno (2021)

## **OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Se pronuncia la Sala respecto del recurso de apelación que interpone la defensa, contra la decisión proferida el 30 de mayo de 2019, a través de la cual la señora Jueza Tercera Penal Municipal con Funciones de conocimiento de Pasto, condenó a **DAGB**, al pago de \$19.548.887 por concepto de reparación integral a favor de la víctima K.S.A.O.

### **1. HECHOS**

Los sintetiza la Juzgadora de primera instancia, de la siguiente manera:

*“De las relaciones sexuales entre la señora LVAO y el señor DAGB, nació el menor K.S.G.A. el día 26 de octubre de 2.005, siendo registrado en la Notaria Primera del Círculo de Pasto.*

*Mediante acta de conciliación del 10 de octubre del año 2007, el señor DAGB, se comprometió a cancelar la suma de VEINTICINCO MIL PESOS (25.000), semanales desde el 15 de octubre de 2.017, reajustado cada año, según incremento del salario mínimo legal mensual vigente adeudando hasta el mes de marzo de 2015, la suma de ONCE MILLONES CIENTO NUEVE MIL OCHOCIENTOS ONCE PESOS (\$11.109.811). Además se comprometió a proporcionarle tres mudas de ropa al año en los meses de junio, diciembre y cumpleaños del menor, siendo el periodo omisivo noviembre de 2007 a marzo de 2015.*

*No obstante con fecha 29 de enero del año 2008, la señora LVAO, denunció ante la Fiscalía General de la*

*Nación al padre de su hijo por incumplimiento en la cuota alimentaria.<sup>1</sup>*

## **2. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

Presentada en término, por la representante de la víctima, solicitud para tramitar el incidente de reparación integral (En adelante IRI), el que inició, luego de múltiples aplazamientos, el día 19 de septiembre de 2018, oportunidad en la cual se fijaron los términos de las pretensiones<sup>2</sup> dirigidas en contra del sentenciado **DAGB**, en su calidad de padre del menor víctima. En lo relevante la apoderada de la víctima estimó que la suma de los perjuicios materiales y morales asciende a \$12.115.182, además dio a conocer los documentos en los que fincó la solicitud.

La señora Jueza consideró acreditados los requisitos para dar apertura formal al incidente, ordenando correr traslado de la pretensión al incidentado.

Se continuó con las fases procesales correspondientes a esta etapa inicial del IRI, declarándose fracasado el primer intento para llegar a un acuerdo.

Luego de un aplazamiento, el 5 de marzo de 2019 se dio continuidad a la primera audiencia de reparación integral en la que la defensa del sentenciado hizo solicitud para que se tengan en cuenta varios recibos presentados durante el decurso del proceso penal y además pidió sea

---

<sup>1</sup> Sentencia incidente de reparación. Fl. 1 y 2.

<sup>2</sup> CD Audiencia IRI 19 de septiembre de 2018 - Minuto 00:05:00 y ss

decretada la declaración de la representante legal de la menor.

Para el 14 de mayo de 2019 se instaló la segunda audiencia dentro del trámite, luego de que fracasó otro intento de conciliación, se dio inicio a la fase probatoria en la cual la víctima aportó los documentos para hacer valer en el procedimiento, además se recibió testimonio a LVAO. De parte de la defensa se reiteró sean tenidos en cuenta los recibos que reposan en el proceso penal.

Se pasó luego a la exposición de los alegatos de conclusión en los que la apoderada de la víctima pidió que al momento de tomar la decisión que resuelva de fondo el asunto se tenga en cuenta la prevalencia que ostentan los derechos de los menores.

El defensor solicitó que al momento de hacer la liquidación de lo adeudado se observen los montos que la madre del menor, en su declaración, aceptó haber recibido de parte del condenado.

El 30 de mayo de 2019, se dio lectura al fallo<sup>3</sup>, en el cual se condenó al señor **DAGB** a pagar la suma de \$19.548.887, a favor de su menor hijo, por concepto de reparación integral, la anterior decisión fue apelada por el abogado que representa los intereses del mentado.

### **3. LA DECISIÓN IMPUGNADA**

Tras realizar el recuento de los hechos que dieron lugar a la sentencia condenatoria proferida en contra del señor **DAGB**, la jueza de primera instancia hizo un resumen

---

<sup>3</sup> Fls. 54-60.

del trámite incidental, pasando a observar que en el caso concreto existe sentencia condenatoria emitida el 19 de diciembre de 2017 en contra del pluricitado, luego de que se lo halló responsable del delito de inasistencia alimentaria.

Ya en audiencia de reparación, adujo que la víctima expuso la existencia de incumplimiento en el pago de cuotas alimentarias desde noviembre del 2007 hasta marzo de 2015, hecho que generó perjuicios materiales y morales por un valor de \$12.115.182.

Pasó luego la juzgadora a determinar los perjuicios causados con la conducta punible, para lo cual echó mano de la libertad probatoria, en tanto no se aportó el acta de conciliación respectiva, sentido en el que vislumbró esclarecedora la declaración rendida por la madre del menor víctima a efectos de establecer que existe acta de conciliación realizada en el año 2007, por medio de la cual el padre del menor adquirió el compromiso de pagar la suma de \$100.000.00 mil pesos mensuales y realizar tres aportes de ropa al año a favor de su hijo.

Con ese fundamento pasó a realizar la liquidación de los perjuicios materiales, a los que luego de restar los dineros abonados por el sentenciado le arrojó un valor de \$9.675.806, al cual le adicionó los daños morales causados a la víctima por la desprotección moral de la que fue objeto al no haber cumplido su rol de manera completa, tazándolos en \$6.444.350. En total se estableció el monto indemnizatorio en \$16.120.156, mismos que al ser objeto de actualización arrojaron una suma final de \$19.548.887, a ser pagados a favor del menor K.S.G.A, a través de su madre.

#### **4. LA IMPUGNACIÓN**

El defensor sustentó sus razones de disenso, fundamentado en que la decisión contiene un defecto procedimental referente a la tasación de los perjuicios morales.

Adujo que la pretensión planteada por la incidentalista incluye perjuicios materiales y morales, que no fueron discriminados en sumas independientes, pero la sentencia de primera instancia sí lo hace, pero además al sumar sus montos, se desborda la pretensión inicial de reparación planteada por la víctima.

Para el abogado, es clara la línea jurisprudencial acorde con la cual el incidente de reparación se regula por las normas procesales civiles, entre los que se encuentra el principio de la congruencia, por lo que la decisión debe estar acorde con los hechos y pretensiones aducidos en las oportunidades procesales. No puede en consecuencia condenarse al demandado por cantidad superior u objeto distinto al pretendido por el demandante, siendo evidente que en el presente evento, lo determinado no guarda consonancia con lo pedido, en dos aristas, por sobrepasar el monto de lo solicitado y por haber realizado un cálculo individual de los perjuicios, cuando la pretensión fue global, generando un fallo *ultra petita*, no permitido por la legislación civil.

Afirmó que no se podría buscar abrigo en el numeral 1 del artículo 281 del CGP, porque se está adelantado un procedimiento a instancias de la jurisdicción penal, regido

por leyes civiles, no tratándose de actuación que se relacione con la justicia de familia.

En ese sentido su pretensión se encamina a que se revoque la tasación de los perjuicios morales fijados en la sentencia de primera instancia.

## **5. INTERVENCIÓN DE LOS NO APELANTES**

La abogada que representa los intereses del menor, resaltó que el procedimiento de IRI se ha adelantado conforme la normatividad vigente y la decisión tomada es congruente con la petición de reparación inicialmente elevada. Dijo que en este caso se debe tener en cuenta que se trata de un sujeto merecedor de especial protección constitucional.

## **6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **a. COMPETENCIA**

Según lo normado en el art. 34-1 de la Ley 906 de 2004 y el Art. 91 de la Ley 1395 de 2010, modificatorio del Art. 179 del mismo cuerpo normativo, esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación, impetrado por el defensor.

### **b. PROBLEMAS JURÍDICOS**

De lo expresado por el recurrente, deberá esta Colegiatura pronunciarse en orden a establecer si el fallo cuenta con la falencia reclamada por el apelante, conforme la cual se extralimitó la juzgadora de primer grado al momento de tazar los perjuicios que fuera condenado a pagar el sentenciado.

De otra parte, se procederá a verificar si fue ajustado a derecho el procedimiento seguido por la *A Quo*, al momento de fijar los perjuicios “*morales*”.

### **c. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES**

#### **i. De la naturaleza del IRI**

Conforme lo prevé el artículo 94 del Estatuto Penal, la conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados por el infractor y demás sujetos que conforme a la ley sustancial se encuentren obligados; para el efecto se ha previsto el incidente de reparación integral, escenario dentro del cual se debate la indemnización pecuniaria a que tiene derecho la víctima del punible o sus sucesores, una vez culminado el juzgamiento. Y es allí en donde se determinará la cuantía del perjuicio sufrido, de acuerdo a las pautas previstas por el derecho civil.

Frente a este trámite incidental, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup>, explica que i) se trata de un mecanismo procesal posterior e independiente al trámite penal, pues ya no se busca obtener una declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito ii) es un trámite que debe circunscribirse a debatir lo relativo a la responsabilidad civil, sin que puedan cuestionarse asuntos ya superados del ámbito penal y iii) Como se trata de una acción civil al final del proceso penal,

---

<sup>4</sup> CSJ SP, 13 Abr 2016, rad. 47076

una vez declarado un sujeto penalmente responsable, cuando se busca la valoración de los daños causados con la ilicitud que se declaró cometida, se impone aplicar los criterios generales consagrados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, norma que regula que dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños causados, “*atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*”.

En asunto anterior que fue sometido a debate de esta Sala<sup>5</sup>, a tono con lo ya referido, se explicó que la naturaleza jurídica del trámite incidental es diferente al ya culminado debate punitivo, ello porque su objeto principal ya no gravita en torno a demostrar la ocurrencia de una conducta punible y su autor, sino a fijar un monto por concepto de indemnización de unos perjuicios derivados de aquella, cuando se ha superado con la certeza necesaria, dichos predicamentos.

Se recordó también en aquella ocasión que el trámite incidental no es accesorio al proceso penal, sino que es principal, pese a que surge con posterioridad al mismo, y se surte a través de audiencias orales ante el mismo juez de conocimiento, con un marcado apego a los cánones civiles, lo que adquiere sentido por el objeto que persigue.

Siendo así, el fundamento de la actividad probatoria en el IRI, deben ser los Arts. 164 y ss. del Código General del Proceso, sin dejar de lado que el trámite se guía por el procedimiento especial consagrado en los Arts. 102 y ss de la Ley 906 de 2004.

---

<sup>5</sup> T.S.P. SP 15 sep. 2016. NI 10473 MP Blanca Arellano Moreno

Esta orientación, también ha sido plasmada de manera pacífica, por la Sala Penal de la Corte Suprema, así:

*“Este pequeño y, por ende, incompleto rastreo normativo apunta a concluir que las reglas del debido proceso probatorio están **previstas única y exclusivamente para el proceso penal** y este apunta a determinar si se cometió una conducta penal y quién es el responsable de ella, contexto dentro del cual su aplicación termina con la sentencia que ponga fin precisamente al proceso penal.*

*Por mejor decir, las reglas del Código de Procedimiento Penal están dadas para aplicarlas cuando del trámite penal se trate, esto es, para indagar, investigar y juzgar a quien es señalado de cometer un delito.*

**5. Como el incidente de reparación integral surge luego de agotado ese trámite penal, deriva incontrastable que tales formalidades no son de recibo cuando ese procedimiento apunta exclusivamente a determinar la existencia del daño causado con el delito (ya decidido con fuerza de cosa juzgada) y su cuantía, tema este que es de naturaleza exclusivamente civil.**

...

*Por tanto, en el incidente se deben dejar de lado las discusiones relativas al ámbito penal (CSJ AP2428, 12 mayo 2015, radicado 42.527).*

*La conclusión de que debe dejarse de lado todo asunto relativo al campo penal, obviamente aplica al procedimiento penal, como que este materializa aquel.*

*Tanto ello es así, que en la última de las decisiones reseñadas la Corte dejó sentado el criterio de que en el trámite del incidente de reparación integral resulta de buen recibo que el juez decreta pruebas de oficio, lo cual es extraño al juicio penal, pero admisible en el área civil, a voces del artículo 179 del estatuto respectivo, aplicable en virtud del principio de integración, lo cual ratifica la tesis de que lo relativo a la estimación de los daños causados es ajeno al juicio penal y sigue su propio curso, que no es otro que el del procedimiento civil, eso sí, supeditado a que los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 del 2004 no ofrezcan solución<sup>6</sup>”. (Subrayas y negrillas impuestas).*

---

<sup>6</sup> CSJ SP, 13 Abr 2016, rad. 47076

**ii. De la congruencia en asuntos civiles y de manera especial aquellos que envuelven la protección de derechos de menores.**

Ostentando el incidente de reparación integral ese natural contenido de tipo civil en cuanto al tema de los perjuicios y su cuantía, así como su demostración, incuestionable resulta también acudir a lo que ha dicho la Corte dentro de esa rama, respecto del tema de la congruencia, expuesto en los siguientes términos:

*“2.2. El fundamento de toda sentencia es la totalidad del material procesal, por tratarse ésta de un acto del juez que satisface la obligación de proveer. No puede ir más allá ni fuera de las peticiones de la demanda, so pena de incurrirse en alguna de las tres únicas causales de incongruencia, previstas hoy en el artículo 281 del Código General del Proceso, a cuyo tenor:*

*“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y que hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.*

*“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta”.*

*“Si lo pedido excede de lo probado se le reconocerá solamente esto último (...)”.*

*Los motivos de disonancia, amplia y frecuentemente estudiados en sede de casación por la jurisprudencia, se cifran, (i) cuando se otorga más de lo pedido por el actor (ultra petita); (ii) se resuelve sobre lo que no fue impetrado por éste (extra petita); o (iii) cuando al decidir, se omite pronunciarse, en todo o en parte, acerca de la demanda o las excepciones del reo, lo que hace el pronunciamiento diminuto (cifra o minima petita)”<sup>7</sup>*

Empero lo anterior, como se explica en la misma decisión, en algunas situaciones no puede usarse el principio de manera extrema, a raja tabla, puesto que

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona, STC20190-2017 Radicación n.º 11001-22-10-000-2017-00718-01, 30 de noviembre de 2017.

cuando se involucra derechos de un orden superior, su aplicación debe entenderse matizada a fin de permitir que aflore la protección a ese tipo de garantías y en ese sentido se ha dicho:

*“En forma concomitante se atempera el principio de consonancia de la sentencia en ese mismo tipo de asuntos, cuando sin ambages se prevé:*

*“En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultra y extra petita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole” (Pár. 1 artículo 281 C.G.P.).”*

No está por demás recordar que la legislación externa que ha sido acogida por Colombia, así como la interna, en conjunto con el desarrollo jurisprudencial, propende por dar un espectro ampliado de protección a los derechos de aquellas personas merecedoras de un especial cuidado constitucional, a efectos de hacer prevalecer sus prerrogativas.

### **iii. Sobre la indemnización de perjuicios.**

Explica la Corte Suprema en Sala de Decisión Civil, que el juez *«...tiene la obligación de ordenar la indemnización plena y ecuánime de los perjuicios que sufre la víctima y le son jurídicamente atribuibles al demandado, de suerte que el damnificado retorne a una posición lo más parecida posible a aquélla en la que habría estado de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso.»*<sup>8</sup>; para cuyo efecto, establecerá el monto del perjuicio material o patrimonial que se encuentre demostrado, conforme lo prevé el artículo 97 del Código Penal, y el inmaterial o extrapatrimonial de acuerdo a su

---

<sup>8</sup> CSJ SC, 28 Jun 2017, rad. 2011-00108-01

prudente juicio, este último según los parámetros previstos en el inciso 2° del mentado artículo, tales como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Ahora, en cuanto a la clase de perjuicios y su demostración, la Sala de Casación Penal de la Suprema Corporación, retomando aspectos estudiados en auto del 29 de mayo de 2013, radicado 40160 y sentencia del 9 de julio de 2014, radicado 43933 indicó<sup>9</sup>:

*“De lo anteriormente expuesto, se puede concluir:*

*a) El delito produce la obligación de reparar los perjuicios causados, los que pueden ser del orden material e inmaterial.*

*b) Los daños que sean susceptibles de cuantificación económica (materiales y morales objetivados<sup>10</sup>) deben probarse en el proceso y su cuantía dependerá de lo acreditado<sup>11</sup>.*

*En otras palabras, para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados se debe demostrar: a) su existencia y b) su cuantía; de esta manera se diferencian de los de carácter moral subjetivado, donde solo basta acreditar la existencia del daño, luego de lo cual, el Juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización en tanto que la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción”.*

Resulta además didáctica la sentencia penal de abril 27 de 2011, radicado 34547, en la que de alguna forma consolida todos los conceptos hasta ahora explicados, en el

---

<sup>9</sup> CSJ. SP 15 oct 2015, rad. 42175.

<sup>10</sup> «La jurisprudencia nacional distingue, como atrás se precisó, entre perjuicios morales subjetivados y objetivados. Por los primeros se entiende el dolor, sufrimiento, tristeza, angustia, miedo originados por el daño en la psiquis de la víctima y por los segundos, las repercusiones económicas que tales sentimientos puedan generarle. Esta última clase perjuicio y su cuantía debe probarse por parte de quien lo aduce. En tal sentido, su tratamiento probatorio es similar al de los perjuicios materiales, tal como fue expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-916 de 2002».

<sup>11</sup> «En este sentido fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 9 de marzo de 2011. Radicación 17175».

marco del derecho a la reparación que les asiste a las víctimas de un delito, sobre lo que enuncia:

*“La obligación de reparar los perjuicios injustamente ocasionados deriva del artículo 2341 del Código Civil, piedra angular de la responsabilidad civil extracontractual:*

*“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”.*

*El daño individual corresponde al soportado por una persona natural o jurídica, el cual, para ser objeto de indemnización, precisa ser antijurídico y cierto.*

*Dicho daño puede ser material (patrimonial), cuya acreditación debe fundarse en las pruebas obrantes en la actuación, o inmaterial (extrapatrimonial<sup>12</sup>).*

*Por daño material se entiende el menoscabo, mengua o avería padecido por la persona en su patrimonio material o económico como consecuencia de un daño antijurídico, esto es, el que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Obviamente, el daño debe ser real, concreto y no simplemente eventual o hipotético<sup>13</sup>; se clasifica en daño emergente y lucro cesante. En tal sentido, el artículo 1613 del Código Civil dispone:*

*“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.*

*El daño emergente representa el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio del lesionado, ponderando para ello el valor de bienes perdidos o su deterioro que afecta el precio, las expensas asumidas para superar las*

---

<sup>12</sup> Cfr. Providencia del 4 de febrero de 2009, Rad. 28085.

<sup>13</sup> En este sentido, las sentencias fundamentales sobre la nueva concepción de la víctima (C-228 de 2002 y C-516 de 2007), coinciden en señalar la necesidad de acreditar **un daño concreto** por parte de quien pretende ser reconocido como tal, aún si sólo persigue la verdad y justicia, con mayor razón, cuando lo perseguido es la indemnización de perjuicios. Con base en esas providencias, esta Corporación ha señalado que para acceder al reconocimiento como víctima dentro del proceso penal actual no basta pregonar un daño genérico o potencial; además, es preciso señalar el daño real y concreto causado con el delito, así se persigan exclusivamente los objetivos de justicia y verdad y se prescinda de la reparación pecuniaria. Así se expuso en decisiones del 24 de noviembre de 2010, Rad. 34993; 11 de noviembre de 2009, Rad. 32564; 6 de marzo de 2008, Rad. 28788 y Rad. 26703; 1 de noviembre de 2007, Rad. 26077; 10 de agosto de 2006, Rad. 22289.

*consecuencias del suceso lesivo, etc., cuya acreditación debe obrar en el diligenciamiento.*

*El lucro cesante corresponde a la utilidad, la ganancia o el beneficio que el perjudicado ha dejado de obtener, esto es, el incremento patrimonial que con bastante probabilidad habría percibido de no haberse presentado la conducta dañosa, por ejemplo, los ingresos laborales no percibidos por una lesión en su integridad personal, o la explotación de un bien productivo como consecuencia de una situación de desplazamiento forzado.*

*Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser actuales o futuros, según hayan tenido lugar hasta el momento en el cual se profiere el fallo o con posterioridad, sin que con ello se tornen inciertos, pues se trata de cuantificar en términos de probabilidad las consecuencias futuras, siempre que sean ciertas, para ello se puede acudir a los cálculos actuariales.*

*Corresponde a los daños inmateriales, aquellos que producen en el ser humano afectación de su ámbito interior, emocional, espiritual o afectivo y que, en algunas ocasiones, tienen repercusión en su forma de relacionarse con la sociedad. Conforme a las últimas posturas jurisprudenciales, dichos perjuicios entrañan dos vertientes: daño moral y daño a la vida de relación.*

*A su turno, el daño moral tiene dos modalidades: el daño moral subjetivado consistente en el dolor, la tristeza, la desazón, la angustia o el temor padecidos por la víctima en su esfera interior como consecuencia de la lesión, supresión o mengua de su bien o derecho. Se trata, entonces, del sufrimiento experimentado por la víctima, el cual afecta su sensibilidad espiritual y se refleja en la dignidad del ser humano; y el daño moral objetivado, manifestado en las repercusiones económicas que tales sentimientos pueden generarle, menoscabo cuya cuantía debe ser demostrada por quien lo alega.*

*El daño a la vida de relación (también denominado alteración de las condiciones de existencia<sup>14</sup>) alude a una modificación sustancial en las relaciones sociales y desenvolvimiento de la víctima en comunidad, comprometiendo su desarrollo personal, profesional o*

---

<sup>14</sup> Así en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de diciembre de 2001, caso *Cantoral Benavides*, y en sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 15 de agosto y 18 de octubre de 2007.

*familiar, como ocurre con quien sufre una lesión invalidante a consecuencia de la cual debe privarse de ciertas actividades lúdicas o deportivas”.*

Con el anterior marco legal y jurisprudencial procedemos a resolver los diferentes tópicos planteados por el apoderado del condenado.

## **7. ESTUDIO DEL CASO**

### **7.1. De la presunta vulneración a la consonancia.**

Alega el recurrente que en el presente evento se soslayó la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia, ya que finalmente se condenó a pagar una suma superior a la exigida por la demandante, haciendo uso además de un procedimiento ajeno al planteado por la contraparte, ya que su propuesta fue la de reclamar el pago de perjuicios materiales y morales en un solo monto global, empero la juzgadora hizo cálculos separados y con ello incrementó el valor de lo adeudado, siendo catalogado ese actuar como de *ultra petita*.

También aprovechó la parte para esbozar la tesis de que no se puede aplicar a la solución del caso, lo establecido en el primer párrafo del Artículo 281 del C.G.P., ya que el conflicto generado por las partes no se relaciona con un asunto de familia, sino que es de naturaleza penal, a razón de lo cual estaba vedada la posibilidad de emitir una condena más allá de lo deprecado.

Considera la Sala que no son de recibo los planteamientos propuestos por el apelante, ya que su posición obviamente erigida para salvaguardar los intereses

de su protegido, resulta restrictiva, además de lesiva de las superiores garantías, que en el presente evento se deben preservar a favor del menor víctima con la comisión de la conducta punible.

Nótese como la amplitud que pretende otorgar el Artículo 281 CGP, al principio de congruencia hace alusión a los asuntos de familia que involucren a ciertos sujetos que por sus especiales características gozan de prevalente protección, pero donde nace la discrepancia de ésta colegiatura con el apelante, es cuando pretende darle el contexto de asuntos de familia, únicamente a aquellos que se ventilan específicamente ante los jueces de familia, interpretación que se *itera*, resulta acomodada y alejada de aquella que ordena nuestra constitución y legislación, la cual pide a los jueces que en situaciones donde se vean en entredicho los derechos de menores de edad, se debe hacer todo lo posible por aplicar la norma en pro de beneficiarlos.

Rodeados por ese lindero, es lógico que la finalidad de ese artículo está dada para abundar en consideraciones a favor de las personas merecedoras de potenciado resguardo, tal como es el caso de los niños, por lo que cuando se hace alusión a *asuntos de familia*, se trata de una referencia directa a aquellos procesos que por su naturaleza llevan envuelta la protección de derechos respecto de los integrantes de esa célula de la sociedad y de forma especial para el caso que nos ocupa, de las obligaciones que legalmente deben cumplir los padres para con sus hijos, situación que a no dudarlo ostenta un claro trasfondo de origen familiar.

Otro argumento que coadyuva la postura de la Sala, hace alusión a lo dicho inicialmente, cuando se expuso los soportes de derecho, tocante a que la persecución de tipo penal finalizó con la expedición de la sentencia condenatoria, refulgiendo claramente, tal como lo reconoce el defensor, que al iniciarse el trámite incidental se transforma la naturaleza del proceso a uno de carácter civil, puntualmente para el asunto bajo revisión, uno de familia puesto que se trata de velar para que un menor reciba de su padre los alimentos a que tiene derecho, que se acordó pagar mediante conciliación y que el progenitor de forma inexcusable ha dejado de pagar.

Entonces, si el incidente de reparación integral, es un procedimiento que se adelanta al rigor de la legislación civil y la naturaleza del conflicto planteado en busca de la pretensión indemnizatoria muestra tener un diáfano origen en un asunto de familia que involucra los derechos de una persona que merece especial protección por parte del Estado, considera la Sala que están dados los presupuestos para dar cabal aplicación al primer Parágrafo del Artículo 281 CGP, sentido en el cual, si la juzgadora de origen observaba necesario realizar un fallo *ultra petita* a fin de garantizar los derechos del menor víctima, estaba en la posibilidad de hacerlo.

Incluso si se acoge uno de los argumentos de la postura restrictiva de la parte apelante, en cuanto hace alusión a que la base del IRI lo es un asunto penal y no uno de familia, encontramos que el delito que da origen a la obligación de indemnización, por su ubicación en la estructura penal sustancial, claramente hace referencia a que el bien jurídico tutelado lo es “*la familia*”, pues así lo

indica el Título VI que comprende entre otros capítulos como el de la Violencia Intrafamiliar, y la adopción irregular, el de “la asistencia alimentaria”, con lo que a no dudarlo ni siquiera en el ámbito netamente penal, puede pretenderse que el asunto no sea tratado como uno de aquellos casos que tiene relación con la familia.

Así lo enfatiza la CSJ en SP 3203-2020, 26 de agosto de 2020, radicado 54124, en el que se reitera los pronunciamientos emitidos en línea precedente, SP del 19 de enero de 2006, radicado 21023 y SP del 23 de marzo de 2006, radicado 21161:

*“Obligación que subsiste aun cuando uno de los padres tenga la suficiente solvencia económica para suplir los requerimientos que demanda su hijo. De un lado, porque lo que se sanciona no es la defraudación financiera del capital ajeno, sino que el delito de inasistencia alimentaria pretende proteger a la familia, puniendo la falta de cumplimiento total o parcial de los compromisos que emergen del vínculo de parentesco y que pone en peligro la subsistencia del beneficiario y la estabilidad de la familia”.*

## **7.2. Perjuicios extrapatrimoniales:**

El apelante propuso controversia al proceso desarrollado por el juzgado de base para liquidar los perjuicios “*morales*”, pues en su sentir esa actividad se desplegó más allá de lo solicitado por la víctima en la demanda que dio origen al incidente, en ese sentido considera la Colegiatura que por tratarse de un punto inescindiblemente ligado a la apelación, se debe entrar a revisar la situación a efectos de verificar si ostenta la corrección que en derecho merece y de contera evitar vulneración a derechos fundamentales de cualquiera de las partes.

Al tenor de la jurisprudencia relacionada, sabemos que los identificados por las partes y el propio juzgado de primera instancia como perjuicios morales, hacen relación a los denominados daños extrapatrimoniales y en este caso a los perjuicios inmateriales subjetivados, conclusión que nace de la argumentación vertida en la sentencia atacada al momento de justificar su tasación, cuando se dijo que el procesado ameritaba ese tipo de condena debido al estado de desprotección que generó en su menor hijo por la falta de pago de las cuotas alimentarias.

Obsérvese que el perjuicio extrapatrimonial de tipo subjetivo es el daño moral que vulnera la parte afectiva, los sentimientos, el fuero interno de las personas, y por tanto su *quantum* también se rige por el principio del *arbitrio iudicium*, siendo el juez el encargado de tasarlos de acuerdo a la experiencia, la calidad de la víctima, la naturaleza de la conducta, la magnitud del daño causado y demás particularidades del caso concreto; pero no requieren de un sustento probatorio como sí se exige respecto de los daños materiales y los morales objetivados y en ese sentido conforme a lo explicado por la Alta Corporación en materia penal, se debe acreditar únicamente la demostración del daño.

Y resulta que para el *sub examine*, ese daño que se deriva de la omisión en el pago de la obligación alimentaria se encuentra plenamente acreditado, de lo que surge que la facultad de la jueza de primer nivel para imponer la condena ostenta pleno respaldo, en cuanto a su base.

No obstante, debemos revisar el monto impuesto a fin de establecer si resulta razonable en atención a las circunstancias que rodean el caso.

Tal como se había recapitulado, la sentenciadora primigenia basó su determinación en el estado de desprotección moral en que se puso a la víctima, en tanto que el señor **DAGB** como padre no cumplió con su rol de manera completa, y en ello tiene razón ya que desde la audiencia de juicio oral la señora LVAO madre del menor víctima, indicó que el precitado omitió inclusive todo apoyo emocional, lo que se ratifica en el IRI en el que se aporta su declaración extraproceso cuando explica que es madre soltera y ostenta la custodia de su hijo desde el año 2006, teniendo como punto de referencia la fecha de dicha diligencia- 13 de junio de 2018.

Al respecto no debe olvidarse que la responsabilidad parental es compartida entre los progenitores de los niños, niñas y adolescentes y que el cumplimiento de la obligación por parte de uno de ellos no exonera de sus cargas al otro, como así se explica también por la CSJ en el asunto SP 3203-2020, 26 de agosto de 2020, radicado 54124 que ya hemos invocado con anterioridad.

Ahora, si bien la obligación alimentaria para efectos penales se cuantificó en el presente asunto acogiendo los términos amigables de una conciliación, ello no impide que una vez que se ha demostrado el delito por la omisión en el cumplimiento de dicha carga, se deje de lado esa desprotección emocional que afrontó el menor, para quien su padre **DAGB** estuvo ausente no solo desde el punto de vista económico sino en ese bien invocado rol de padre a

que alude la primera instancia, por lo que resulta razonable la imposición de los perjuicios morales emitida.

Al respecto la normatividad, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales hacen referencia en su conjunto a que la obligación de los padres no solo se limita a lo económico o material, sino a propender por el desarrollo integral de los descendientes, que incluye el amor, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, la educación, la cultura y la recreación, entre otros aspectos que garantizan el desarrollo armónico e integral de los infantes y los adolescentes<sup>15</sup>.

### **7.3. Indexación:**

Esta figura se encuentra regulada en nuestra legislación en virtud de la corrección monetaria que se debe realizar ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y como lo expone el tratadista JAVIER TAMAYO JARAMILLO<sup>16</sup>, se justifica porque ella preserva la justicia, toda vez que con el paso del tiempo el monto tasado en una indemnización puede ser incompleto ante la depreciación del dinero, no reparando realmente el daño causado.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>17</sup>, señala:

*“Varias veces se ha señalado por esta Corporación que en asuntos de responsabilidad civil, la indemnización de perjuicios que se reconozca al perjudicado, como corresponde, debe apuntar a resarcir a éste, en su justa medida y proporción, el daño total que le ha sido causado, admitiéndose jurisprudencialmente que el correspondiente pago para que sea liberatorio, debe comprender la*

---

<sup>15</sup> CSJ SP, 19 ene. 2006, rad. 21023

<sup>16</sup> Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II. Edición 2009, pág. 700.

<sup>17</sup> CSJ SC, 26 Jun. 2007, rad. 1993-01518

*correspondiente corrección monetaria, pues no es justo, ni equitativo con el acreedor que se ponga sobre sus hombros el envilecimiento que sufra la moneda desde el momento en que se produjo el hecho dañoso hasta que se produzca la reparación del correspondiente perjuicio”.*

Es por ello que la indexación se debe calcular desde el momento de la ocurrencia del daño, que para nuestro caso sería a partir de noviembre de 2007, hasta que se realice el pago efectivo a la víctima. Sin embargo, por la forma en que se impuso la obligación alimentaria, se establece que esta se fue actualizando año atrás año conforme al incremento del salario mínimo legal mensual vigente, por lo que la indexación operará desde la fecha en que se cerró el cálculo según la decisión judicial que se revisa<sup>18</sup> para el pago de los perjuicios patrimoniales es decir a partir de abril de 2015.

En cuanto a los perjuicios extrapatrimoniales fueron fijados en un valor cierto de \$6.444.350 que tuvo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2015, su indexación se realizará a partir de enero de 2016.

Es importante entonces que al momento en que se proceda a practicar la liquidación de la condena por los perjuicios patrimoniales para efectos de su pago, se parta de la suma fijada por la *A quo* en NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS SEIS PESOS (\$9.675.806) y para los perjuicios extrapatrimoniales en SEIS MILLONES CUATROSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS ( \$6.444.350), y se actualice aplicando el índice de precios al consumidor fijado por el DANE, como así lo enseña la CSJ en Sala Civil, sentencia 1995-11208 del 1º de septiembre de 2009, expediente 130001-3103-005-1995-

---

<sup>18</sup> Fl. 10 de la sentencia en el trámite del IRI

11208-01 MP Ruth Marina Diaz Rueda, en el siguiente aparte:.

*“El mecanismo que se seleccionará, dentro de las prerrogativas propias del juzgador, ante la inexistencia de mandato legal que lo fije de modo especial y en ausencia de acuerdo entre los contendores, es el del Índice de Precios al Consumidor (IPC) producido, elaborado, certificado y difundido por el Departamento Nacional de Estadística (DANE), entidad pública a cuyo cargo se encuentra dicha función, y publicado por el Banco de la República, al que se acude oficiosamente y se toma de la página WEB de esta entidad, dada la notoriedad que a los signos económicos le otorga el artículo 191 del Código de Procedimiento Civil a partir de la reforma efectuada por el artículo 19 de la Ley 794 de 2002”.*

Con base en lo cual se aplicará la siguiente fórmula, tanto para los perjuicios materiales como los morales:

$$\mathbf{VA} = \mathbf{VH} \times \mathbf{IPC} \text{ Final} / \mathbf{IPC} \text{ Inicial}$$

Para los perjuicios patrimoniales la fórmula se entenderá de la siguiente manera:

VA= valor actualizado que para el caso será el monto a la fecha de pago

VH = Valor histórico que corresponde al valor de la sanción pecuniaria por la que se impone condena, en este caso \$9.675.806.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor correspondiente a la fecha del pago.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor correspondiente al mes de abril de 2015.

Para los perjuicios extrapatrimoniales la fórmula se entenderá de la siguiente manera:

VA= valor actualizado que para el caso será el monto a la fecha de pago

VH = Valor histórico que corresponde al valor de la sanción por la que se impone condena, en este caso \$6.444.350.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor correspondiente a la fecha del pago.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor correspondiente al mes de enero de 2016.

Finalmente debe tenerse en cuenta que la variable que se relaciona con la fecha de pago, debe ser aquella en la que efectivamente se realice tal acto y no la fecha de emisión de la sentencia del IRI, por lo cual no se cerrará el monto de la indexación en la forma en que se adelantó en la primera instancia sino que se realizará la modificación para que la condena pecuniaria impuesta se actualice hasta el pago efectivo.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral **PRIMERO** de la parte resolutive de la decisión proferida por la señora Jueza Tercera Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Pasto– Nariño, el 31 de mayo del año 2019, en el entendido de que se condena al señor **DAGB** al pago de perjuicios patrimoniales por valor de NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS SEIS PESOS (\$9.675.806) y perjuicios extrapatrimoniales por valor de SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$6.444.350), los que deben ser pagados con la debida indexación, acorde a las directrices y fórmula indicadas en el aparte correspondiente de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Se notifica en estrados y se informa que contra esta determinación, procede el recurso de casación que debe interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

1586

**BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO**

**Magistrada**

**SILVIO CASTRILLÓN PAZ**

**Magistrado**

**FRANCO SOLARTE PORTILLA**

**Magistrado**

**JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ**

**Secretario**

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES  
LEGALES,**

**HACE CONSTAR**

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020, PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, PCSJA20-11549 del 07 de mayo de 2020, PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020, PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020, PCSJA20-11629 del 11 de septiembre de 2020 y PCSJA20-11632 del 30 septiembre de 2020, emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, y CSJNAA20-21 del 24 de junio de 2020 y CSJNAA21- 0001 del 12 de enero de 2021 emitido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro del proyecto presentado en el asunto arriba referenciado.

Pasto, 19 de enero de 2021.

**JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ**

**Secretario**