PERJUICIOS MORALES SUBJETIVADOS - Imposibilidad de reconocimiento por no ostentar la calidad de víctima.

Pues bien, el único material probatorio recaudado dentro de este incidente -orientado especialmente a demostrar las circunstancias personales que pudo haber causado la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en el grado de tentativa- fue el expediente contentivo de la causa penal que llevó a la condena del señor ESTUPIÑAN ROMERO, material que para la Sala, en efecto, tal como lo determinó el *A-quo,* no probó con eficacia la intensidad del perjuicio frente a impedimentos fisiológicos para una vida en relación, ni mucho menos perturbación funcional con secuelas de orden psicológico o psiquiátrico, o relevancia de lesiones psicológicas o daño alguno ocasionado en la vida de relación de la menor víctima que ameritara con suficiencia reconocer el monto pretendido de reparación (200 s.m.l.m.v.); sin embargo, por su potestad especial y como bien lo determinó el *A-quo "conforme a los hechos narrados por la víctima y la sentencia condenatoria"* tasó dichos perjuicios morales subjetivados en 8 s.m.l.m.v.; monto de condena que por lo mismo la Sala acoge respecto a perjuicios morales subjetivos, por cuanto no existen hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de la damnificada reclamante que presten mérito para aumentar dicho valor.

A lo dicho se suma que, en este caso como bien lo determinó la juez de primera instancia, la señora DORA ISABEL DÍAZ RINCÓN no ostenta la calidad de víctima pues en el escrito de acusación, ni en la posterior acta de preacuerdo, ni mucho menos en las audiencias respectivas se le acreditó dicha calidad[1], luego no es posible reconocerle indemnización alguna.

Por otra parte, en tratándose del incidente de reparación integral se ha dicho que este trámite también constituye un mecanismo de justicia restaurativa[2] en el cual la víctima puede exigir el resarcimiento del derecho afectado no solo a través de imposiciones pecuniarias, sino a partir de actuaciones de parte del penalmente responsable que se encuentran cobijadas por el concepto de reparación integral, tales como la reparación simbólica o petición de perdón, requerimiento que en ninguna etapa procesal de este incidente la víctima o su representante invocaron y, que por lo mismo, no aparece inmerso en la decisión censurada, más aún cuando al juzgador le está vedado actuar fuera de lo requerido.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE

SANTA ROSA DE VITERBO

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

Santa Rosa de Viterbo, nueve (9) de dos mil diecinueve (2019).

CLASE DE PROCESO:	Penal –Ley 906 de 2004.
RADICACIÓN:	15693-31-89-001-2017-00083-01

[1] *Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006. "Por su parte la Corte Constitucional ha señalado que debe tenerse como víctima o perjudicado de un delito a la persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste y el delito que lo ocasionó."*
[2] *Ibíd. También sentencia C -979 de 2005.*

SENTENCIADO:	JULIO CÉSAR ESTUPIÑÁN ROMERO.
DELITO:	Acceso carnal abusivo con menor de catorce años.
JDO. DE ORIGEN:	Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo.
PROVIDENCIA:	Sentencia de segunda instancia.
DECISIÓN:	Confirma.
M. PONENTE:	Dra. LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO. Sala 1ª de Decisión.

El recurso de apelación interpuesto por el Representante de Víctimas en contra de la decisión del 30 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo en la audiencia de incidente de reparación.

1.- HECHOS:

Según se extractan de la sentencia condenatoria,[3] la señora DORA ISABEL DÍAZ RINCÓN, quien vivía en su casa ubicada en la Vereda La Laguna, sector El Tablón del Municipio de Santa Rosa de Viterbo, junto con su hija de 12 años de edad A.M.C.D. y su compañero sentimental JULIO CÉSAR ESTUPIÑÁN ROMERO, denunció que el día domingo 19 de marzo de 2017 se levantó a eso de las 6 de la mañana y observó una luz que salía del closet, al acercarse se dio cuenta que se trataba de un hueco que comunicaba con la habitación de su menor hija donde se podía observar la cama de la niña; de inmediato la denunciante recordó que su hija le había dicho que se sentía observada cuando estaba en la habitación o en el baño cambiándose, recordando además que, su compañero se levantaba en las noches y en las mañanas para dirigirse al closet; concluyendo que el denunciado había realizado el hueco, como también ubicado espejos y butacas en sitios estratégicos solo con el propósito de observar a la menor desnuda.

2.- ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES:

El 27 de agosto de 2018, mediante sentencia condenatoria, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, tras verificación y aceptación de cargos mediante

[3] *Fl. 112 carpeta 001 de conocimiento.*

la figura de preacuerdo declaró penalmente responsable a JULIO CÉSAR ESTUPIÑÁN ROMERO del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, AGRAVADO EN MODALIDAD DE TENTATIVA, imponiéndole la pena principal de 8 años de prisión, al igual que la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal; decisión que quedó debidamente ejecutoriada en la misma fecha de su pronunciamiento.

El 7 de septiembre de 2018, de conformidad a lo establecido en el art. 44 de la Constitución Nacional en concordancia con el art. 197 de la Ley 1098 de 2006, la Dra. CARMEN SOCORRO PINILLA ESPADA, en su calidad de Procuradora Judicial Penal 166, incoó incidente de reparación integral en contra del sentenciado.

Iniciado el trámite incidental, en audiencia del 2 de octubre de 2018 la parte incidentante formuló como única pretensión la suma de 200 s.m.l.m.v. por los daños morales sufridos tanto por la menor como por su señora madre; petición de la cual se corrió traslado a las demás partes y se invitó a lograr un posible acuerdo conciliatorio, lo cual no fue posible.

El 11 de octubre de 2018, el Apoderado Judicial de la parte incidentante presentó como prueba documental el expediente del proceso penal que se siguiera en contra del señor ESTUPIÑÁN ROMERO, por el contrario, la Defensa no presentó prueba alguna, por lo que se dio por terminado el debate probatorio.

Agotado el trámite procesal, el 30 de octubre de 2018 se falló el incidente, decisión que fue apelada y en este momento se entra a resolver.

3.- SENTENCIA IMPUGNADA:

En decisión del 30 de octubre de 2018 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, condenó a JULIO CÉSAR ESTUPIÑÁN ROMERO en SEIS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS, MONEDA LEGAL Y CORRIENTE ($6´249.936,oo), por concepto de daños morales subjetivados, a favor de la menor A.M.C.D., bajo los siguientes

argumentos:

3.1.- Condenó, conforme a los hechos narrados por la víctima y la sentencia condenatoria al pago equivalente a 8 S.M.L.M.V. frente a los perjuicios morales subjetivados, monto que no puede ascender al pretendido (200 S.M.L.M.V.), pues la parte interesada no demostró probatoriamente la existencia de impedimentos fisiológicos para una vida en relación, perturbación funcional ó secuelas de orden psíquico o psiquiátrico de la víctima o evidencia de lesiones psicológicas o daño alguno ocasionado en su vida en relación.

3.2.- No es procedente tasar una reparación por daños morales a favor de la señora DORA ISABEL DÍAZ RINCÓN, como quiera que no ostenta la calidad de víctima sino de representante de ésta, tal como se evidencia en el acta de la audiencia de formulación de acusación.[4]

4.- RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior determinación, el Apoderado de la parte incidentante interpuso recurso de apelación, el cual sustentó en los términos que a continuación se sintetizan:

4.1.- El monto que se ha tasado sobre la indemnización que se solicitó de los perjuicios morales subjetivados, no cumple con la realidad del delito de esta magnitud.

4.2.- Las Altas Cortes han unificado criterios respecto de la tasación de los perjuicios morales subjetivados y se ha dicho que los mismos deben ser equivalentes como mínimo a 100 S.M.L.M.V., monto que, en este caso, sí refleja la realidad que vivió la víctima en el proceso penal.

4.3.- A la madre de la menor debe indemnizársele por el dolor que ella sufrió al ver a su menor hija como víctima de un delito de agresión sexual, pues no puede ser

[4] *Fl. 35 carpeta 001 de conocimiento.*

considerada como una tercera persona que no sufrió un daño frente a estos hechos.

4.4. Si bien no se pidió un perdón público, el mismo pudo ser objeto de la decisión censurada.

5.- INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES:

5.1- La Defensa:

Discrepó las argumentaciones del recurso, al señalar que cuando uno inicia un incidente necesariamente debe probar los daños causados que soportan su pretensión, lo que no ocurrió en este caso, pues el mismo apelante dice que no se probó pero que la juez debió manifestarse, por ejemplo, en el perdón público, yerro que no debe prosperar pues estamos en un proceso donde se deben aportar los elementos materiales probatorios necesarios para que la señora juez puede fallar sin salirse de las fronteras de lo solicitado.

5.2.- La Representante del Ministerio Público.

Coadyuvó la tesis de la Defensa, adicionando que en esta actuación se ha cumplido con el trámite procesal y que la tasación está ajustada conforme a los criterios legales.

6.- FUNDAMENTOS DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Tal como lo establece el artículo 8° de la Ley 975 de 2005, el derecho de las víctimas a la reparación incluye el ejercicio de las acciones dirigidas a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción de los perjuicios causados y, las garantías de no repetición de las conductas.

Por ello, el artículo 102 y ss. de la Ley 906 de 2004 erige **el incidente de reparación integral** como el mecanismo procesal encaminado a viabilizar de manera efectiva y oportuna la reparación integral de la víctima o víctimas por el daño causado con el delito, por parte de quien o quienes puedan ser considerados civilmente responsables

o deban sufragar los costos de tales condenas (el declarado penalmente responsable, el tercero civilmente responsable y la aseguradora), trámite que tiene lugar una vez ejecutoriado el fallo donde se declara la responsabilidad penal del acusado, cuyo único fin es obtener la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito[5].

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha establecido el daño como *"todo detrimento, menoscabo o deterioro que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva*[6]". Señalando como daño material (daño emergente y lucro cesante) el menoscabo, mengua o avería padecido por la persona en su patrimonio material o económico como consecuencia de un daño antijurídico, y por daño moral, aquel que afecta a la persona en esferas distintas a las patrimoniales, los cuales tienen que ser reales, concretos y no simplemente eventuales o hipotéticos.[7]

Además, resulta oportuno para la Sala aclarar que, el daño moral comporta el menoscabo a la dimensión afectiva, los sentimientos, el amor en la familia, la parte social, los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; por lo mismo, no puede establecerse a partir de métodos matemáticos como acontece con los perjuicios materiales. Varios criterios ha desarrollado la jurisprudencia para calcularlos:

> *«Dada la inasible naturaleza del daño no patrimonial, debe buscarse, "con ayuda del buen sentido (…) y con apoyo en hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de los damnificados reclamantes, una relativa satisfacción para estos últimos proporcionándoles de ordinario una suma de dinero que no deje*

---

[5] *Sentencia del 13 de abril de 2011, radicado 34.145, que se apoya en el fallo C-409 del 2009 de la Corte Constitucional, y del 29 de mayo de 2013, radicado 40.160).*
[6] *CSJ SC, 28 de febrero de 2013, rad. 2002-01011.*
[7] *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 y; 10 de agosto de 2006, Rad. 22289."*

incólume la agresión, pero que tampoco represente un lucro injustificado que acabe por desvirtuar la función institucional que prestaciones de ese linaje están llamadas a cumplir" (sentencia de 25 de noviembre de 1992. Exp. 3382); consideraciones éstas que aun cuando se expresaron con relación al daño moral, resultan perfectamente aplicables a toda clase de perjuicio extra-patrimonial, incluido el daño a la vida de relación.

A diferencia de la estimación de los perjuicios patrimoniales, para los que existen en la mayoría de las ocasiones datos objetivos que sirven de apoyo para su cuantificación, ***el perjuicio extrapatrimonial ha estado y seguirá estando confiado al discreto arbitrio de los funcionarios judiciales****, lo que no "equivale a abrirle paso a antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, sino que a dichos funcionarios les impone el deber de actuar con prudencia, evitando en primer lugar servirse de pautas apriorísticas…".* (Resaltado fuera de texto)

No pueden, por tanto, fijarse o establecerse parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio, pues cada caso concreto ofrece particularidades que deberán ser apreciadas por el juez al momento de hacer la correspondiente tasación»[8]*.*

Igualmente, se ha diferenciado entre el daño moral subjetivo y el objetivado:

"Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada y determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados e indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación. (…)

La injuria al sentimiento del amor filial o al del honor puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y perjuicios morales objetivados. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena natural a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, síquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado aflictivo o depresivo, una merma o disminución en sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan su esfuerzo y afecten consecuencialmente su patrimonio material. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena síquica por la misma causa, daño inestimable pecuniariamente, y puede también recibir un daño moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de su negocio, debidos a su inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas, porque la pérdida del crédito le trastorna el negocio.

"' (...) El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio, por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad,

[8] *CSJ SC, 12 Sep. 2016, rad. 4792. Sentencia N. 064.*

concretable en cifras numéricas. Pero no puede decir lo propio del daño moral no objetivado'. (G.J. LVI, 672; LXXX, 657; CLII1, 142, entre otras)'.[9]

En lo que respecta al cálculo de los perjuicios de esta naturaleza opera el principio de *arbitrio judicium*, esto es, que el juez puede tasarlos teniendo en cuenta criterios como la experiencia, la calidad del reclamante y en general las particularidades de cada caso, con la claridad de que tales criterios aplican únicamente en tratándose del daño moral subjetivo. Así lo ha precisado la Sala de Casación Civil en el pronunciamiento que viene de citarse:

Con mayor precisión y distinguiendo los perjuicios morales de los materiales, la jurisprudencia ha dicho que si bien el fallador puede, para determinar la condena por perjuicios morales subjetivados, acudir al arbitrio judicium, ***tal criterio no puede extenderse y aplicarse a los perjuicios materiales y morales objetivados.*** (Resaltado fuera de texto)

Precisamente, la Corte en sentencia de 5 de marzo de 1993, sobre el punto que se viene analizando, afirmó lo siguiente: "Ahora bien, el arbitrio judicium que ha desarrollado la jurisprudencia de esta Corporación, si bien se ha fundado en la potestad del Juzgador para decidir en equidad la condena por perjuicios morales, de un lado, no lo ha hecho por fuera de las normas positivas sino con fundamento en ellas (art. 2341 del C.C. y 8o Ley 153 de 1887), y, de otro, sólo se ha aplicado a falta de norma legal expresa que precise la fijación cuantitativa. ***Es decir, se trata de una potestad especial que supone, de una parte, la prueba del daño moral, que, cuando proviene del daño material a la corporeidad humana, va ínsito en este último, y, de otra, la aplicación supletoria de las reglas directas de la equidad con fundamento en las características propias del daño, repercusiones intrínsecas, probabilidad de satisfacciones indirectas, etc****. Pero ello no ocurre con el daño material, ni con el daño moral objetivado, que, precisamente por su exteriorización en la vida individual y social, no solamente es posible de apreciarse y establecerse por los medios legales, sino que también puede cuantificarse conforme con las reglas ordinarias. Luego, se repite, es absolutamente improcedente el arbitrio judicial para la determinación libre o limitada del resarcimiento del daño material y el daño moral objetivado. Porque se trata de un asunto que física y jurídicamente necesita de prueba y cuya carga corresponde al actor, sin que pueda el Juzgador sustraerse a ella, ni dejarla de aplicar".* (Resaltado propio)

7.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

[9] *Ibíd.*

En el presente asunto, la única pretensión que elevó el abogado de la víctima señala un monto de 200 s.m.l.m.v. a cargo del penalmente responsable, los cuales estimó en 100 s.m.l.m.v. para la menor víctima y los restantes 100 para la madre de ésta, frente al perjuicio moral subjetivado.

El Consejo de Estado ha fijado como pauta un tope máximo de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes[10], el cual, al igual que el establecido en pronunciamiento de la Sala de Casación Civil, como ya se indicó, comporta un criterio de orientación, pues en todo caso el monto de la indemnización por daño moral subjetivo depende de la acreditación de la intensidad del perjuicio.

Pues bien, el único material probatorio recaudado dentro de este incidente -orientado especialmente a demostrar las circunstancias personales que pudo haber causado la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en el grado de tentativa- fue el expediente contentivo de la causa penal que llevó a la condena del señor ESTUPIÑAN ROMERO, material que para la Sala, en efecto, tal como lo determinó el *A-quo,* no probó con eficacia la intensidad del perjuicio frente a impedimentos fisiológicos para una vida en relación, ni mucho menos perturbación funcional con secuelas de orden psicológico o psiquiátrico, o relevancia de lesiones psicológicas o daño alguno ocasionado en la vida de relación de la menor víctima que ameritara con suficiencia reconocer el monto pretendido de reparación (200 s.m.l.m.v.); sin embargo, por su potestad especial y como bien lo determinó el *A-quo "conforme a los hechos narrados por la víctima y la sentencia condenatoria"* tasó dichos perjuicios morales subjetivados en 8 s.m.l.m.v.; monto de condena que por lo mismo la Sala acoge respecto a perjuicios morales subjetivos, por cuanto no existen hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de la damnificada reclamante que presten mérito para aumentar dicho valor.

A lo dicho se suma que, en este caso como bien lo determinó la juez de primera instancia, la señora DORA ISABEL DÍAZ RINCÓN no ostenta la calidad de víctima

[10] *Ver entre otras, sentencia Consejo de Estado Sección Tercera, agosto 10 de 2005, rad. 16205; sentencia 30 de junio de 2011 rad.1997-0400.*

pues en el escrito de acusación, ni en la posterior acta de preacuerdo, ni mucho menos en las audiencias respectivas se le acreditó dicha calidad[11], luego no es posible reconocerle indemnización alguna.

Por otra parte, en tratándose del incidente de reparación integral se ha dicho que este trámite también constituye un mecanismo de justicia restaurativa[12] en el cual la víctima puede exigir el resarcimiento del derecho afectado no solo a través de imposiciones pecuniarias, sino a partir de actuaciones de parte del penalmente responsable que se encuentran cobijadas por el concepto de reparación integral, tales como la reparación simbólica o petición de perdón, requerimiento que en ninguna etapa procesal de este incidente la víctima o su representante invocaron y, que por lo mismo, no aparece inmerso en la decisión censurada, más aún cuando al juzgador le está vedado actuar fuera de lo requerido.

En los términos anteriores y, como quiera que no existió el material probatorio suficiente que soportara las pretensiones impugnativas evocadas, la sentencia del 30 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, debe ser confirmada, ello en síntesis, como se refirió, se encuentra enmarcado el hecho de que no resulta plausible un reconocimiento de perjuicios respecto de la señora DORA ISABEL DÍAZ RINCÓN, máxime cuando en audiencia de formulación de acusación se dispuso reconocerle, no su calidad de víctima, sino únicamente la condición de Representante Legal de la menor, en tal orden de ideas se aviene en un contrasentido la pretensión esgrimida por el censor en el sentido de que se depreque una condena con relación a una calidad no reconocida; además, en lo atinente a la tasación del monto de la indemnización a la menor afectada con la conducta punible, la suma determinada por la *A quo,* pese a los mínimos y máximos determinados jurisprudencialmente, fue justificada en debida forma y de acuerdo a lo probado en el proceso.

D E C I S I Ó N:

---

[11] Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006. "Por su parte la Corte Constitucional ha señalado que debe tenerse como víctima o perjudicado de un delito a la persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste y el delito que lo ocasionó."
[12] Ibíd. También sentencia C -979 de 2005.

En mérito a lo expuesto, LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

CONFIRMAR la sentencia impugnada.

Contra esta sentencia procede recurso extraordinario de casación, el cual puede ser interpuesto dentro del término de cinco (5) días a partir de su notificación y presentada la demanda en los siguientes treinta (30) días, como lo dispone el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

Las partes quedan notificados en estrados.

Comuníquese, Notifíquese y Cúmplase,

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada Ponente

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
SANTA ROSA DE VITERBO

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

Santa Rosa de Viterbo, nueve (9) de dos mil diecinueve (2019).

CLASE DE PROCESO:	Penal –Ley 906 de 2004.
RADICACIÓN:	15693-31-89-001-2017-00083-01
SENTENCIADO:	JULIO CÉSAR ESTUPIÑÁN ROMERO.
DELITO:	Acceso carnal abusivo con menor de catorce años.
JDO. DE ORIGEN:	Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo.
PROVIDENCIA:	Sentencia de segunda instancia.
DECISIÓN:	Confirma.
M. PONENTE:	Dra. LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO. Sala 1ª de Decisión.

El recurso de apelación interpuesto por el Representante de Víctimas en contra de la decisión del 30 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo en la audiencia de incidente de reparación.

1.- HECHOS:

Según se extractan de la sentencia condenatoria,[13] la señora DORA ISABEL DÍAZ RINCÓN, quien vivía en su casa ubicada en la Vereda La Laguna, sector El Tablón del Municipio de Santa Rosa de Viterbo, junto con su hija de 12 años de edad A.M.C.D. y su compañero sentimental JULIO CÉSAR ESTUPIÑÁN ROMERO, denunció que el día domingo 19 de marzo de 2017 se levantó a eso de las 6 de la mañana y observó una luz que salía del closet, al acercarse se dio cuenta que se trataba de un hueco que comunicaba con la habitación de su menor hija donde se podía observar la cama de la niña; de inmediato la denunciante recordó que su hija le había dicho que se sentía observada cuando estaba en la habitación o en el baño cambiándose, recordando además que, su compañero se levantaba en las noches y en las mañanas para dirigirse al closet; concluyendo que el denunciado había realizado el hueco, como también ubicado espejos y butacas en sitios estratégicos solo con el propósito de observar a

[13] *Fl. 112 carpeta 001 de conocimiento.*

la menor desnuda.

2.- ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES:

El 27 de agosto de 2018, mediante sentencia condenatoria, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, tras verificación y aceptación de cargos mediante la figura de preacuerdo declaró penalmente responsable a JULIO CÉSAR ESTUPIÑÁN ROMERO del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, AGRAVADO EN MODALIDAD DE TENTATIVA, imponiéndole la pena principal de 8 años de prisión, al igual que la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal; decisión que quedó debidamente ejecutoriada en la misma fecha de su pronunciamiento.

El 7 de septiembre de 2018, de conformidad a lo establecido en el art. 44 de la Constitución Nacional en concordancia con el art. 197 de la Ley 1098 de 2006, la Dra. CARMEN SOCORRO PINILLA ESPADA, en su calidad de Procuradora Judicial Penal 166, incoó incidente de reparación integral en contra del sentenciado.

Iniciado el trámite incidental, en audiencia del 2 de octubre de 2018 la parte incidentante formuló como única pretensión la suma de 200 s.m.l.m.v. por los daños morales sufridos tanto por la menor como por su señora madre; petición de la cual se corrió traslado a las demás partes y se invitó a lograr un posible acuerdo conciliatorio, lo cual no fue posible.

El 11 de octubre de 2018, el Apoderado Judicial de la parte incidentante presentó como prueba documental el expediente del proceso penal que se siguiera en contra del señor ESTUPIÑÁN ROMERO, por el contrario, la Defensa no presentó prueba alguna, por lo que se dio por terminado el debate probatorio.

Agotado el trámite procesal, el 30 de octubre de 2018 se falló el incidente, decisión que fue apelada y en este momento se entra a resolver.

3.- SENTENCIA IMPUGNADA:

En decisión del 30 de octubre de 2018 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, condenó a JULIO CÉSAR ESTUPIÑÁN ROMERO en SEIS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS, MONEDA LEGAL Y CORRIENTE ($6´249.936,oo), por concepto de daños morales subjetivados, a favor de la menor A.M.C.D., bajo los siguientes argumentos:

3.1.- Condenó, conforme a los hechos narrados por la víctima y la sentencia condenatoria al pago equivalente a 8 S.M.L.M.V. frente a los perjuicios morales subjetivados, monto que no puede ascender al pretendido (200 S.M.L.M.V.), pues la parte interesada no demostró probatoriamente la existencia de impedimentos fisiológicos para una vida en relación, perturbación funcional ó secuelas de orden psíquico o psiquiátrico de la víctima o evidencia de lesiones psicológicas o daño alguno ocasionado en su vida en relación.

3.2.- No es procedente tasar una reparación por daños morales a favor de la señora DORA ISABEL DÍAZ RINCÓN, como quiera que no ostenta la calidad de víctima sino de representante de ésta, tal como se evidencia en el acta de la audiencia de formulación de acusación.[14]

4.- RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior determinación, el Apoderado de la parte incidentante interpuso recurso de apelación, el cual sustentó en los términos que a continuación se sintetizan:

4.1.- El monto que se ha tasado sobre la indemnización que se solicitó de los perjuicios morales subjetivados, no cumple con la realidad del delito de esta magnitud.

4.2.- Las Altas Cortes han unificado criterios respecto de la tasación de los perjuicios

[14] *Fl. 35 carpeta 001 de conocimiento.*

morales subjetivados y se ha dicho que los mismos deben ser equivalentes como mínimo a 100 S.M.L.M.V., monto que, en este caso, sí refleja la realidad que vivió la víctima en el proceso penal.

4.3.- A la madre de la menor debe indemnizársele por el dolor que ella sufrió al ver a su menor hija como víctima de un delito de agresión sexual, pues no puede ser considerada como una tercera persona que no sufrió un daño frente a estos hechos.

4.4. Si bien no se pidió un perdón público, el mismo pudo ser objeto de la decisión censurada.

5.- INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES:

5.1- La Defensa:

Discrepó las argumentaciones del recurso, al señalar que cuando uno inicia un incidente necesariamente debe probar los daños causados que soportan su pretensión, lo que no ocurrió en este caso, pues el mismo apelante dice que no se probó pero que la juez debió manifestarse, por ejemplo, en el perdón público, yerro que no debe prosperar pues estamos en un proceso donde se deben aportar los elementos materiales probatorios necesarios para que la señora juez puede fallar sin salirse de las fronteras de lo solicitado.

5.2.- La Representante del Ministerio Público.

Coadyuvó la tesis de la Defensa, adicionando que en esta actuación se ha cumplido con el trámite procesal y que la tasación está ajustada conforme a los criterios legales.

6.- FUNDAMENTOS DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Tal como lo establece el artículo 8° de la Ley 975 de 2005, el derecho de las víctimas a la reparación incluye el ejercicio de las acciones dirigidas a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción de los perjuicios causados y, las garantías

de no repetición de las conductas.

Por ello, el artículo 102 y ss. de la Ley 906 de 2004 erige **el incidente de reparación integral** como el mecanismo procesal encaminado a viabilizar de manera efectiva y oportuna la reparación integral de la víctima o víctimas por el daño causado con el delito, por parte de quien o quienes puedan ser considerados civilmente responsables o deban sufragar los costos de tales condenas (el declarado penalmente responsable, el tercero civilmente responsable y la aseguradora), trámite que tiene lugar una vez ejecutoriado el fallo donde se declara la responsabilidad penal del acusado, cuyo único fin es obtener la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito[15].

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha establecido el daño como *"todo detrimento, menoscabo o deterioro que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva[16]*". Señalando como daño material (daño emergente y lucro cesante) el menoscabo, mengua o avería padecido por la persona en su patrimonio material o económico como consecuencia de un daño antijurídico, y por daño moral, aquel que afecta a la persona en esferas distintas a las patrimoniales, los cuales tienen que ser reales, concretos y no simplemente eventuales o hipotéticos.[17]

Además, resulta oportuno para la Sala aclarar que, el daño moral comporta el menoscabo a la dimensión afectiva, los sentimientos, el amor en la familia, la parte social, los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; por lo mismo, no puede establecerse a partir de métodos matemáticos como acontece con

---

[15] *Sentencia del 13 de abril de 2011, radicado 34.145, que se apoya en el fallo C-409 del 2009 de la Corte Constitucional, y del 29 de mayo de 2013, radicado 40.160).*
[16] *CSJ SC, 28 de febrero de 2013, rad. 2002-01011.*
[17] *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 y; 10 de agosto de 2006, Rad. 22289."*

los perjuicios materiales. Varios criterios ha desarrollado la jurisprudencia para calcularlos:

> *«Dada la inasible naturaleza del daño no patrimonial, debe buscarse, "con ayuda del buen sentido (…) y con apoyo en hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de los damnificados reclamantes, una relativa satisfacción para estos últimos proporcionándoles de ordinario una suma de dinero que no deje incólume la agresión, pero que tampoco represente un lucro injustificado que acabe por desvirtuar la función institucional que prestaciones de ese linaje están llamadas a cumplir" (sentencia de 25 de noviembre de 1992. Exp. 3382); consideraciones éstas que aun cuando se expresaron con relación al daño moral, resultan perfectamente aplicables a toda clase de perjuicio extra-patrimonial, incluido el daño a la vida de relación.*
>
> *A diferencia de la estimación de los perjuicios patrimoniales, para los que existen en la mayoría de las ocasiones datos objetivos que sirven de apoyo para su cuantificación,* ***el perjuicio extrapatrimonial ha estado y seguirá estando confiado al discreto arbitrio de los funcionarios judiciales****, lo que no "equivale a abrirle paso a antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, sino que a dichos funcionarios les impone el deber de actuar con prudencia, evitando en primer lugar servirse de pautas apriorísticas…".* (Resaltado fuera de texto)
>
> *No pueden, por tanto, fijarse o establecerse parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio, pues cada caso concreto ofrece particularidades que deberán ser apreciadas por el juez al momento de hacer la correspondiente tasación»*[18]*.*
>
> Igualmente, se ha diferenciado entre el daño moral subjetivo y el objetivado:
>
> ***"Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada y determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados e indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación. (…)***
>
> *La injuria al sentimiento del amor filial o al del honor puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y perjuicios morales objetivados. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena natural a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, síquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado aflictivo o depresivo, una merma o disminución en sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan su esfuerzo y afecten consecuencialmente su patrimonio material. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena síquica por la misma causa,*

[18] *CSJ SC, 12 Sep. 2016, rad. 4792. Sentencia N. 064.*

daño inestimable pecuniariamente, y puede también recibir un daño moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de su negocio, debidos a su inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas, porque la pérdida del crédito le trastorna el negocio.

"' (...) El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio, por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decir lo propio del daño moral no objetivado'. (G.J. LVI, 672; LXXX, 657; CLII1, 142, entre otras)'.[19]

En lo que respecta al cálculo de los perjuicios de esta naturaleza opera el principio de *arbitrio judicium*, esto es, que el juez puede tasarlos teniendo en cuenta criterios como la experiencia, la calidad del reclamante y en general las particularidades de cada caso, con la claridad de que tales criterios aplican únicamente en tratándose del daño moral subjetivo. Así lo ha precisado la Sala de Casación Civil en el pronunciamiento que viene de citarse:

Con mayor precisión y distinguiendo los perjuicios morales de los materiales, la jurisprudencia ha dicho que si bien el fallador puede, para determinar la condena por perjuicios morales subjetivados, acudir al arbitrio judicium, ***tal criterio no puede extenderse y aplicarse a los perjuicios materiales y morales objetivados.*** (Resaltado fuera de texto)

Precisamente, la Corte en sentencia de 5 de marzo de 1993, sobre el punto que se viene analizando, afirmó lo siguiente: "Ahora bien, el arbitrio judicium que ha desarrollado la jurisprudencia de esta Corporación, si bien se ha fundado en la potestad del Juzgador para decidir en equidad la condena por perjuicios morales, de un lado, no lo ha hecho por fuera de las normas positivas sino con fundamento en ellas (art. 2341 del C.C. y 8o Ley 153 de 1887), y, de otro, sólo se ha aplicado a falta de norma legal expresa que precise la fijación cuantitativa. ***Es decir, se trata de una potestad especial que supone, de una parte, la prueba del daño moral, que, cuando proviene del daño material a la corporeidad humana, va ínsito en este último, y, de otra, la aplicación supletoria de las reglas directas de la equidad con fundamento en las características propias del daño, repercusiones intrínsecas, probabilidad de satisfacciones indirectas, etc****. Pero ello no ocurre con el daño material, ni con el daño moral objetivado, que, precisamente por su exteriorización en la vida individual y social, no solamente es posible de apreciarse y establecerse por los medios legales, sino que también puede cuantificarse conforme con las reglas ordinarias. Luego, se repite, es absolutamente improcedente el arbitrio judicial para la determinación libre o*

[19] *Ibíd.*

limitada del resarcimiento del daño material y el daño moral objetivado. Porque se trata de un asunto que física y jurídicamente necesita de prueba y cuya carga corresponde al actor, sin que pueda el Juzgador sustraerse a ella, ni dejarla de aplicar". (Resaltado propio)

7.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

En el presente asunto, la única pretensión que elevó el abogado de la víctima señala un monto de 200 s.m.l.m.v. a cargo del penalmente responsable, los cuales estimó en 100 s.m.l.m.v. para la menor víctima y los restantes 100 para la madre de ésta, frente al perjuicio moral subjetivado.

El Consejo de Estado ha fijado como pauta un tope máximo de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes[20], el cual, al igual que el establecido en pronunciamiento de la Sala de Casación Civil, como ya se indicó, comporta un criterio de orientación, pues en todo caso el monto de la indemnización por daño moral subjetivo depende de la acreditación de la intensidad del perjuicio.

Pues bien, el único material probatorio recaudado dentro de este incidente -orientado especialmente a demostrar las circunstancias personales que pudo haber causado la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en el grado de tentativa- fue el expediente contentivo de la causa penal que llevó a la condena del señor ESTUPIÑAN ROMERO, material que para la Sala, en efecto, tal como lo determinó el *A-quo,* no probó con eficacia la intensidad del perjuicio frente a impedimentos fisiológicos para una vida en relación, ni mucho menos perturbación funcional con secuelas de orden psicológico o psiquiátrico, o relevancia de lesiones psicológicas o daño alguno ocasionado en la vida de relación de la menor víctima que ameritara con suficiencia reconocer el monto pretendido de reparación (200 s.m.l.m.v.); sin embargo, por su potestad especial y como bien lo determinó el *A-quo "conforme a los hechos narrados por la víctima y la sentencia condenatoria"* tasó dichos perjuicios morales subjetivados en 8 s.m.l.m.v.; monto de condena que por lo

[20] *Ver entre otras, sentencia Consejo de Estado Sección Tercera, agosto 10 de 2005, rad. 16205; sentencia 30 de junio de 2011 rad.1997-0400.*

mismo la Sala acoge respecto a perjuicios morales subjetivos, por cuanto no existen hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de la damnificada reclamante que presten mérito para aumentar dicho valor.

A lo dicho se suma que, en este caso como bien lo determinó la juez de primera instancia, la señora DORA ISABEL DÍAZ RINCÓN no ostenta la calidad de víctima pues en el escrito de acusación, ni en la posterior acta de preacuerdo, ni mucho menos en las audiencias respectivas se le acreditó dicha calidad[21], luego no es posible reconocerle indemnización alguna.

Por otra parte, en tratándose del incidente de reparación integral se ha dicho que este trámite también constituye un mecanismo de justicia restaurativa[22] en el cual la víctima puede exigir el resarcimiento del derecho afectado no solo a través de imposiciones pecuniarias, sino a partir de actuaciones de parte del penalmente responsable que se encuentran cobijadas por el concepto de reparación integral, tales como la reparación simbólica o petición de perdón, requerimiento que en ninguna etapa procesal de este incidente la víctima o su representante invocaron y, que por lo mismo, no aparece inmerso en la decisión censurada, más aún cuando al juzgador le está vedado actuar fuera de lo requerido.

En los términos anteriores y, como quiera que no existió el material probatorio suficiente que soportara las pretensiones impugnativas evocadas, la sentencia del 30 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, debe ser confirmada, ello en síntesis, como se refirió, se encuentra enmarcado el hecho de que no resulta plausible un reconocimiento de perjuicios respecto de la señora DORA ISABEL DÍAZ RINCÓN, máxime cuando en audiencia de formulación de acusación se dispuso reconocerle, no su calidad de víctima, sino únicamente la condición de Representante Legal de la menor, en tal orden de ideas se aviene en un contrasentido la pretensión esgrimida por el censor en el sentido de que se depreque una condena con relación a una calidad no reconocida; además, en lo atinente a la

[21] *Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006. "Por su parte la Corte Constitucional ha señalado que debe tenerse como víctima o perjudicado de un delito a la persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste y el delito que lo ocasionó."*
[22] *Ibíd. También sentencia C -979 de 2005.*

tasación del monto de la indemnización a la menor afectada con la conducta punible, la suma determinada por la *A quo,* pese a los mínimos y máximos determinados jurisprudencialmente, fue justificada en debida forma y de acuerdo a lo probado en el proceso.

D E C I S I Ó N:

En mérito a lo expuesto, LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

CONFIRMAR la sentencia impugnada.

Contra esta sentencia procede recurso extraordinario de casación, el cual puede ser interpuesto dentro del término de cinco (5) días a partir de su notificación y presentada la demanda en los siguientes treinta (30) días, como lo dispone el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

Las partes quedan notificados en estrados.

Comuníquese, Notifíquese y Cúmplase,

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada Ponente

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada