



SALA PENAL

Medellín, jueves veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 28

Sentencia segunda instancia –IRI- Nro. 12

Radicado CUI Nro.: 05-266-60-00000-2020-00001

Delito: Abuso de confianza calificado

Condenado: Carlos Mario Restrepo Acosta

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: viernes 24 de febrero de 2023. H: 03:00 p.m.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante de víctimas en contra de la sentencia proferida dentro del trámite de reparación integral por el Juez Segundo Penal Municipal de Itagüí, Antioquia, el 27 de octubre de 2022, mediante la cual declaró civilmente responsable al sentenciado CARLOS MARIO RESTREPO ACOSTA (representante legal de la empresa Bordalaser Ltda.) y lo condenó al pago de perjuicios morales derivados de la conducta punible de abuso de confianza calificado.

ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES RELEVANTES

1. El punto de partida en el sub examine lo constituye el fallo que vía aceptación unilateral de cargos se profirió el 7 de enero de 2020 en contra de CARLOS MARIO RESTREPO ACOSTA (representante legal de la empresa Bordalaser Ltda), por el delito de abuso de confianza calificado que consagra el art. 250, numeral 2° del C. Penal, aceptando el prenombrado que dentro del proceso ejecutivo de mínima cuantía que adelantaba el Juzgado Primero Civil Municipal

de Itagüí, Antioquia, se le entregó en calidad de depositario y como garantía del pago de la deuda una máquina de coser de propiedad de la mencionada sociedad.

Por su parte la representante de la víctima, Doctora Libia Fátima Álvarez Agudelo, solicitó el inicio del Incidente de Reparación Integral –IRI- relacionados con estos hechos y en favor de RAFAEL ÁNGEL VARELA MOLINA.

2. La letrada circunscribió la pretensión indemnizatoria a lo siguiente: El pago de ochenta y dos millones novecientos dos mil trescientos cincuenta pesos (\$82.902.350) por concepto de liquidación actualizada de la deuda reclamada mediante el proceso ejecutivo que inicialmente se presentó por la suma de dieciocho millones \$18.643.369, según título que reposa en el Juzgado Primero Civil Municipal de Itagüí, valor al que se suman los intereses de plazo o moratorios desde la fecha del cumplimiento de la obligación hasta la fecha de pago y que arroja el monto debidamente actualizado para evitar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Así mismo, el pago de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales; la suma de \$2.140.000 correspondiente a las costas fijadas por el Juzgado Civil, y \$1.868.000 por las agencias en derecho igualmente tasadas por la secretaria del referido despacho.

Aunado a lo anterior, observa la Sala que en la descripción de los hechos que constituirían el nexo causal para la pretensión indemnizatoria, la letrada refiere que la máquina de coser ilegalmente enajenada por el condenado tendría un valor de \$100.000.000 y que con dicha suma se alcanzaría a cubrir en su totalidad la deuda con la víctima, mientras que en los alegatos de cierre arguye que se cuenta con prueba suficiente para que al penado se le ordene el cumplimiento de la obligación que le fue impuesta por el Juzgado Primero Civil de Itagüí, Antioquia, solicitando en consecuencia que se ordene el pago de la deuda de los \$87.000.000 de la demanda civil, así como el pago de los perjuicios morales.

Por su parte al alagar de clausura el señor defensor del sentenciado adujo que la obligación que se reclama es el crédito ejecutivo, emanado de un título, de un

proceso ejecutivo adelantado ante un Juzgado Civil del Municipio de Itagüí, Antioquia, donde se embargó una máquina y sobre esa máquina fue que se cometió el delito de abuso de confianza que provocó una sentencia condenatoria, pero se desconoce el valor de la máquina, pues nunca se hizo un avalúo del objeto, sin embargo, por consulta no sobrepasaría el valor de \$10.000.000.

A su vez se tiene que como soporte de las pretensiones la letrada arrió prueba documental consistente en mandamiento ejecutivo realizado por el Juzgado Primero Civil Municipal de Itagüí, Antioquia; auto que ordena seguir adelante con la ejecución; liquidación actualizada del Juzgado Civil del 26 de marzo de 2019 por valor de \$23.375.095; auto de sustanciación emitido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Itagüí que ordena liquidación de agencias en derecho por valor de un \$1.868.000; liquidación de costas de fecha 14 de mayo de 2009 por valor de \$2.140.000; acta de audiencia de lectura de fallo de primera instancia realizada por este Despacho y liquidación de perjuicios.

3. Por su parte el señor defensor indicó en un primer momento que su representado tenía ánimo conciliatorio y propuso el pago de \$30.000.000, en un plazo de 3 años, siendo rechazado dicho ofrecimiento por la apoderada de víctimas.

4. El 2 de noviembre de 2021, se realizó segunda audiencia de IRI, oportunidad en la cual el señor defensor informó que su prohijado no tenía ánimo conciliatorio, así que no contaba con pruebas para hacer valer en el trámite incidental.

5. El Despacho decretó la totalidad de las pruebas solicitadas por la representante de víctimas.

6. La tercera audiencia del trámite incidental se desarrolló el día 18 de febrero de 2022, en la que (i) se practicaron las pruebas y (iii) se adelantaron los alegatos conclusivos.

7. El 27 de octubre de 2022 se prefirió fallo condenando al sentenciado al pago de perjuicios morales en cuantía equivalente a 5 SMLMV, a la par que se negó la pretensión en lo que hace a los perjuicios materiales.

8. La anterior decisión dejó inconforme a la representante de la víctima, interponiendo la letrada el recurso vertical de apelación que se apresta a resolver la Sala.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

La primera instancia inicialmente analiza la prueba arrimada al trámite incidental a través de la apoderada de la víctima, resume lo que hace a los alegatos de las partes y realizar algunas disquisiciones en relación con la naturaleza y alcance del IRI que se sigue una vez en firme la condena penal, así como sobre la figura de los perjuicios materiales y morales.

Descendiendo en el caso del rubro advierte que la apoderada de la víctima persigue una indemnización de \$82.902.350 por concepto de perjuicios materiales, es decir, la suma de la liquidación actualizada del valor del proceso ejecutivo para cobro de letra de cambio por valor de \$18.643.369, más los intereses moratorios desde la fecha en que se constituyó la obligación hasta la fecha de pago, mientras que por indemnización de perjuicios morales la suma que demanda es de 50 SMLMV, atendiendo al impacto psicológico producido a la víctima al verse inmerso el proceso penal, su detrimento físico y mental, pero sin allegar prueba documental o testimonial para el efecto. Finalmente pretende el pago de \$2.140.000 correspondiente a las costas fijadas por el Despacho y \$1.868.000 por las agencias en derecho.

Sin desconocer entonces que las pretensiones indemnizatorias relacionadas con los perjuicios patrimoniales que se reclaman en el presente IRI fueron lo suficientemente acreditadas mediante prueba documental, el a quo estima que en esta ocasión debe negarse tal pretensión, pues dichas solicitudes a su vez se encuentran reconocidas en la Sentencia 0242 del 26 de junio de 2008 del Juzgado Primero Civil Municipal de Itagüí, Antioquia, y si bien a la fecha las órdenes impartidas en dicho proveído al parecer no han sido ejecutadas, el fallo se encuentra debidamente ejecutoriado.

En conclusión, la primera instancia considera que no debe pronunciarse nuevamente sobre lo que ya fue objeto de juzgamiento ante la jurisdicción civil, resultando entonces pertinente acudir a dicha jurisdicción para reclamar la ejecución y cumplimiento de lo que allí se ordenó, insistiendo el funcionario en que la víctima no puede utilizar el IRI para buscar la reparación a su vez solicitada ante otra jurisdicción y ordenada en esta previo al inicio del proceso penal.

Respecto de los perjuicios morales y ante la falta de pruebas los reconocen en un porcentaje diferente al solicitado por la incidentista, estimando en todo caso que se generó un perjuicio moral pues el agente causó aflicción, deterioro mental, físico y económico a la víctima, aunado a la incertidumbre, la angustia emocional y similares que genera esta clase de procesos.

Sin embargo, considera que no se puede desconocer que el afectado cuenta con acceso a la seguridad social y recibe ingresos económicos derivados de su actividad laboral, por lo tanto, con reales posibilidades de continuar normalmente su vida, de ahí que el sujeto pasivo de la criminalidad no soporta una afectación tan profunda que amerite fijar los perjuicios morales en la suma más alta dispuesta en la tabla salarial según el artículo 97 del C. Penal, esto es, en 1000 SMLMV. En consecuencia, fija una indemnización por concepto de perjuicios morales en cinco (5) salarios mínimos legales mensuales.

DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

La representante de víctimas refiere que si bien se adelantó demanda ejecutiva singular y se cuenta con una sentencia civil para el cobro de ciertas sumas de dinero, en el caso de marras no se estaría vulnerando la prohibición de doble incriminación o cosa juzgada, pues mientras en aquella el título o causa se originó en la jurisdicción civil, en el asunto que nos concierne se deriva de una conducta punible. El primero inmiscuye una persona jurídica, Bordalaser Ltda., mientras que en el segundo se involucra a una persona natural, Carlos Mario Restrepo Acosta.

La demanda ejecutiva singular estuvo dirigida contra la mencionada persona jurídica, Bordalaser Ltda., y contra ella fue que el juez civil ordenó librar el

correspondiente mandamiento de pago, mientras que el perjuicio patrimonial que se reclama ante la jurisdicción penal tiene su origen en el delito cometido por una persona natural, Carlos Mario Restrepo Acosta, quien se atrevió a vender una máquina de propiedad de la mencionada unidad productiva que a su vez le había sido entregada en calidad de depósito y garantizaba el pago de la deuda contenida en el título valor y reconocida en la sentencia civil.

De otro lado sostiene que una cosa es el fallo civil, ya que si el condenado no hubiera enajenado la máquina dicho bien se hubiera rematado y con el dinero se habría cancelado la deuda, y otra muy distinta es la sentencia que se emite en la jurisdicción penal que tiene como origen la conducta punible cometida por el agente, con su consecuente daño a la víctima y que da lugar a que se reclamen los perjuicios materiales y morales, entendiéndose que los primeros tienen como causa un proceso ejecutivo y los segundos el delito de abuso de confianza calificado.

Finalmente arguye que para la tasación de los perjuicios morales subjetivados no se tuvo en cuenta los más de 12 años que este caso lleva ante la jurisdicciones civil y 2 años ante la penal, en los que la víctima ha tenido que lidiar con dilaciones injustificadas, impotencia, la actitud de la jurisdicción y la burla del inculpado.

Estas, grosso modo, las razones por las que la inconforme solicita que se revoque el fallo apelado y en su lugar se acceda a las pretensiones económicas formuladas en el trámite incidental.

Por su parte los no recurrentes no se pronunciaron sobre la apelación.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín para conocer el recurso vertical de apelación interpuesto por la representante de la víctima.

La competencia de la Colegiatura en virtud del recurso de apelación se restringirá a lo impugnado; es decir, a la inconformidad de la incidentista por lo

decidido finalmente por el a quo frente a los perjuicios reclamados a favor de la víctima de este caso, señor RAFAEL ÁNGEL VARELA MOLINA.

Como prolegómeno a la discusión jurídica que nos concita conviene recordar que el art. 1494 del C. Civil contempla: “las obligaciones nacen... ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos...”, mientras que la literatura especializada enseña además que: “... la responsabilidad civil extracontractual encuentra sustento normativo en el artículo 2341 del Código Civil, según el cual: “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”, y a su vez el canon 2356 *ibid.* prescribe: “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta”, a la par el canon 94 del Estatuto Represor establece que: “La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”¹.

Como se puede ver el delito origina y es fuente tanto de obligaciones penales como civiles, siendo las primeras personalísimas e intrasmisibles, mientras que las últimas son en esencia lo contrario.

En lo que atañe al trámite incidental de que tratan los artículos 102 al 108 de la Ley 906/04, se puede decir que es una especie de trámite civil que sigue el modelo de la oralidad, y en el que se aplican las normas procesales civiles y las del CGP en lo que no se encuentra normado en los artículos 102 al 108 anotados (pautas generales) y demás normas del referido compendio que se relacionen con la materia y en general con el debido proceso, y a las cuales se llega en aplicación del principio de integración normativa art. 25 *ibid.*, siendo claro que los vacíos se llenan preferentemente con las normas del CPC y del CGP el cual entró a regir gradualmente en nuestro país, y que en lo que hace a la ritualidad de las pruebas se sigue el trámite del procedimiento civil de manera que dicho régimen se circunscribe a lo señalado en la Sección Tercera del CGP, mientras que la demostración de aspectos como las lesiones, algunas pruebas del proceso penal podrán servir al incidente sin que sea necesario repetirlas.

¹ Al respecto puede cfr. CSJ, SP. Sentencia del 25 de enero del 2017, Rad. SP663-2017, 49.402, M. P. Eugenio Fernández Carlier.

Parafraseando al tribunal de cierre en materia penal podemos resaltar que dicho procedimiento se encuentra:

“Regulado en los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004, el incidente de reparación integral permite a la víctima, entendida ésta como toda persona, natural o jurídica, que ha sufrido un daño como consecuencia del punible, reclamar de los jueces una vez la sentencia condenatoria ha adquirido firmeza, la reparación de los perjuicios causados como consecuencia del delito, es decir que por este mecanismo se pretende el pago del daño causado por el ilícito a cargo del declarado penalmente responsable... Se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito -reparación en sentido lato- y cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, todo lo cual está cobijado por la responsabilidad civil, como ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional”².

Por manera que le incumbe al incidentista probar que todos los perjuicios (materiales y morales) y el monto de los mismos sean consecuencia directa de la conducta punible por la que como en este caso el procesado aceptó cargos por el delito de abuso de confianza calificada, según el componente fáctico más arriba ventilado, ilicitud que sin lugar a dudas generó agravio, estando la carga de la prueba para los específicos fines advertidos en cabeza del extremo que resultó afectado con el comportamiento del agente, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso.

En este punto: “... es importante destacar que una cosa es la prueba del daño irrogado como tal y otra muy distinta la de su cuantía y que la verificación de lo segundo sólo es procedente en la medida en que esté debidamente acreditado lo primero... una es la prueba del daño, o sea de la lesión o menoscabo del interés jurídicamente tutelado, y otra, la prueba de su intensidad, del quantum del perjuicio...” (CSJ, SC, ago. 9 de 1999, rad. 4897).”³

Asimismo, cabe significar entonces que: “La carga de demostrar los perjuicios recae, desde luego, en quien ha sufrido el daño con el delito y aboga por su

² CSJ, SP. Sentencia del 25 de enero del 2017, Rad. SP663-2017, 49.402, M. P. Eugenio Fernández Carlier.

³ Ibid.

reconocimiento, como se indica... y en el inciso primero del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”⁴,

Y siguiendo a la Sala de Casación Civil:

“Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, ‘repetiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración’ (LVIII, pág. 113)” (CSJ. SC, feb. 25 de 2002, rad. n.º 6623).”

Entonces, tal como lo tiene discernido la doctrina y la jurisprudencia, la carga de probar los perjuicios indiscutiblemente recae sobre la parte incidentista, en este caso a través de su representante, pues: “no basta con alegar el daño y cuantificar los perjuicios, sino que se debe acreditar y sustentar la valoración económica que la víctima ha adjudicado a aquellos”, tal como lo plasma la CSJ en las siguientes glosas:

“Como lo que se busca a través del incidente en mención, se insiste, es el resarcimiento del daño pecuniario, no se ciñe por las reglas del juicio penal de la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con la solicitud, aducción e incorporación de pruebas, sino por las normas civiles que se ocupan de esa materia (Cfr. CSJ. SP, abr. 13 de 2016, rad. 47076).

Por otro lado, como lo prescribe el inciso tercero del artículo 97 de la Ley 599 de 2000, los daños materiales, cuyo reconocimiento frente a algunos factores concernientes a sus componentes tradicionales del daño emergente y el lucro cesante debate el representante de la víctima a través del recurso de apelación objeto de estudio, “deben probarse en el proceso”.

Además, como se señaló en la citada sentencia SP, abr. 13 de 2016, rad. 47076, “si bien el delito constituye per se la obligación del

⁴ CSJ, SP. Sentencia del 19 de abril del 2017, Rad. SP5279-2017, 47.693. M. P. Luís Antonio Hernández Barbosa.

condenado a reparar los daños que han sido causados con ocasión de su conducta en tanto fuente de obligación civil, no basta con alegar el daño y cuantificar los perjuicios sino que se debe acreditar y sustentar la valoración económica que la víctima ha adjudicado a aquellos, esto es, demostrar la real existencia de la afectación y la proporcionalidad que debe existir en la reparación económica”.

La carga de demostrar los perjuicios recae, desde luego, en quien ha sufrido el daño con el delito y aboga por su reconocimiento, como se indica en la jurisprudencia que precede y en el inciso primero del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil...

Así también lo tiene sentado la Sala de Casación Civil, entre otras, en la siguiente determinación, donde precisó que:

“Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, ‘repetiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración’ (LVIII, pág. 113)” (CSJ. SC, feb. 25 de 2002, rad. n.º 6623).

(...)

También es importante destacar que una cosa es la prueba del daño irrogado como tal y otra muy distinta la de su cuantía y que la verificación de lo segundo sólo es procedente en la medida en que esté debidamente acreditado lo primero. Sobre ese particular, tiene dicho la misma Sala de Casación Civil:

“Sin embargo, una es la prueba del daño, o sea la de la lesión o menoscabo del interés jurídicamente tutelado, y otra, la prueba de su intensidad, del quantum del perjuicio. De ahí que la doctrina haga alusión al contenido patrimonial del daño para referirse a su intensidad, es decir, a su valor en moneda legal (dinero), (...). Desde luego que demostrada la lesión como tal, la falta de la prueba de la intensidad para efectos de la cuantificación reparatoria, debe ser suplida por el juzgador de primera o segunda instancia, cumpliendo con el deber de decretar pruebas de oficio, de acuerdo con lo preceptuado para tal efecto por los incisos 1º y 2º del art. 307 del C. de P. Civil, so pena de incurrir en ‘falta sancionable conforme al régimen disciplinario’, pues dicho texto legal vedó como principio general, las condenas en abstracto o in genere” (CSJ. SC, ago. 9 de 1999, rad. 4897).”⁵

⁵ CSJ, SP. Sentencia del 19 de abril del 2017, radicado SP 5279-2017, 47.693, M. P. Luís Antonio Hernández Barbosa.

Ahora bien, analizados los argumentos que esgrime el funcionario de primer grado para reconocer la indemnización integral únicamente por concepto de perjuicios morales subjetivados y en cuantía inferior a la solicitada por la incidentista, así como las razones que arguye la impugnante en favor de sus pretensiones económicas y por estar conectado con la resolución del caso, encuentra la Sala imperativo referirse al tema del pleito pendiente y cosa juzgada, advirtiendo que en la especialidad civil estas se tienen previstas como excepciones previas o causales de impedimento procesal frente a la demanda ordinaria.

La primera también es conocida doctrinariamente como *litispendentia* y se encuentra incluida en el artículo 97 numeral 10 del Código de Procedimiento Civil, y con el mismo sentido y alcance aparece en los artículos 95-2 y 100.8 del Código General del Proceso, siendo en todo caso pertinente dejar en claro que compartimos la postura según la cual el trámite de proposición y resolución de las excepciones previas a que se refiere el artículo 101 del C.G.P, es ajeno al incidente de reparación integral que se adelante conforme las previsiones de la ley 906/04; empero, nada obsta para que se apliquen dichas figuras dada su evidente, lógica y razonable pertinencia, de tal forma que constatadas o demostradas las mismas el funcionario de la jurisdicción penal ha debido rechazar las pretensiones y consecuentemente ordenar la terminación y archivo del trámite incidental a través de auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos de reposición y apelación; recurso vertical que se concede en el efecto suspensivo. De manera que una vez admitida la demanda la única posibilidad de pronunciarse al respecto es en el fallo que pone fin al trámite incidental.

Precisado lo anterior, cabe destacar igualmente que la excepción de pleito pendiente y cosa juzgada tienen como propósito esencial el de garantizar el principio de la seguridad jurídica, brindando certeza en las decisiones judiciales, evitando mediante el ejercicio de la posibilidad o excepción procesal en comento que simultáneamente se tramiten, coexistan y se desarrollen dos o más procesos o litigios que compartan identidad de objeto, pretensiones, causa petendi, partes, y que sean resueltos de manera contradictoria.

Igualmente tiene decantado la doctrina que: “La *litispendentia*, de *litis*, proceso y *pendere*, estar pendiente, presume la concurrencia de dos procesos idénticos

entre las mismas partes, o al menos que uno esté contenido en el otro, todo lo cual demuestra la estrecha relación entre pleito pendiente y cosa juzgada⁶ (Subraya fuera del original).

Dado entonces que entre pleito pendiente y cosa juzgada se presenta una conexidad íntima, en términos generales sus fundamentos coinciden, ya que para su viabilidad las relaciones jurídico procesales con dependencia deben ocurrir entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, así como para la cosa juzgada debe presentarse identidad jurídica de objeto, causa y partes, aunque para ésta última se debe tener en cuenta la de la sentencia ejecutoriada, que es lo que se procura evitar en uno de los procesos por medio de la litispendencia.

Se tiene entonces que los presupuestos del pleito pendiente se corresponden a i) existencia de un proceso anterior en curso, ii) identidad de partes, iii) identidad de pretensiones.

Por otra parte, la doctrina tiene identificado a su vez que en las legislaciones procesales mixtas inquisitivas también se consideraron como causal de rechazo de la demanda de parte civil las siguientes circunstancias:

- (i) Cuando se demuestre que se ha promovido independientemente la acción civil por el mismo demandante.
- (ii) Cuando se encuentre acreditado el pago de perjuicios o la reparación del daño.
- (iii) Quien promueve la acción no es el perjudicado directo.

Tal como se colige del breve recuento consignado en cuartillas anteriores de este proveído, está vedado el acudir simultáneamente ante la jurisdicción civil y penal para reclamar los perjuicios reconocidos previamente en la primera, mezclando indistintamente unos y otros, así el acusado haya incurrido en desarrollo del proceso ejecutivo en un delito al enajenar abusivamente la máquina con la que se pretendía garantizar el pago de la obligación privada, y no se tengan identificados otros bienes sobre los cuales hacer efectivo el pago de lo ordenado por el juez en materia civil.

⁶ MORALES MOLINA, Hernando. Curso de derecho Procesal Civil, Parte General, pág. 340.

Como se puede ver, lógicamente los perjuicios que en el concreto caso resultaba dable perseguir a través del trámite incidental previsto en los artículos 102 al 108 de la ley 906/04 se circunscriben a aquellos que a su vez se pruebe se derivan exclusivamente de la irregular venta de la máquina de coser de tipo industrial, siendo oportuno recordar que para los efectos de la reparación integral de perjuicios una cosa es demostrar el daño irrogado con el delito y otra la necesaria prueba y cuantificación de los perjuicios a que dio lugar.

En este orden de ideas no puede pasar por alto la Sala que la pretensión finalmente presentada por la incidentista termina confundiendo aquello que el juez civil reconoció como consecuencia de la deuda privada, con los perjuicios que se pueden reclamar en el ámbito del IRI de la ley 906/04 y por la conducta punible reconocida por el sujeto activo de abuso de confianza calificado, siendo lo suficientemente clara la letrada en que pretende que el juez penal ordene el pago de una suma equivalente a \$82.902.350 por concepto de liquidación actualizada de la deuda reconocida en el fallo civil, previo al inicio del trámite ante la especialidad penal, más los intereses de plazo o moratorios desde la fecha del cumplimiento de la obligación privada hasta la fecha de pago, aunado a \$2.140.000 por las costas fijadas por el despacho y \$1.868.000 por las agencias en derecho.

En otras palabras, en el trámite incidental es menester dejar aquilatado el empobrecimiento real y efectivo del patrimonio que experimentó la víctima a causa de la conducta punible, con lo cual habría bastado demostrar lo que hace al avalúo del bien enajenado abusivamente por el actor para defraudar a la víctima y a la justicia, lo cual se correspondería al daño emergente, mientras que lo segundo correspondería a aquellas sumas dejadas de percibir como consecuencia de la ocurrencia del delito, es decir, al lucro cesante, observando la Sala que ni lo uno ni lo otro fue específicamente demostrado al interior del IRI.

Así, respecto de los perjuicios de orden patrimonial no cabe duda que la representante de víctimas se limitó a acreditarlos para los mismos fines y por los mismos conceptos pretextados ante la jurisdicción civil. Por lo tanto, incurre en un evidente yerro al formular y soportar probatoriamente en la forma vista su pretensión económica al interior del trámite incidental.

En esta dirección basta detenerse como lo hace la primera instancia en que la letrada se conformó con soportar su pretensión en la siguiente prueba: i) Auto interlocutorio N° 717 del 22 de mayo de 2008, emitido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Itagüí, mediante el que se resuelve librar mandamiento de pago ejecutivo de mínima cuantía en favor del aquí víctima por la suma de \$18.643.369 más intereses moratorios a partir del 30 de abril de 2008, hasta el pago total de la obligación; ii) Sentencia 0242 del 26 de junio de 2008, dictada por el Juzgado Primero Civil Municipal de Itagüí, en la que se dispone seguir con la ejecución en favor del señor Varela Molina y se condena en costas al ejecutado, iii) Liquidación de crédito a la fecha 27 de marzo de 2009; iv) Auto de sustanciación del 26 de marzo de 2009, del Juzgado Primero Civil Municipal en el que se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.868.000; v) Liquidación de costas del 14 de mayo de 2009 del Juzgado Primero Civil Municipal; vi) Acta de audiencia de conocimiento donde se emitió sentencia condenatoria, de fecha 7 de enero de 2020. De manera que lo pertinente es acudir ante dicha jurisdicción para reclamar la ejecución y cumplimiento de lo ordenado en el fallo civil.

Ahora bien, en cuanto a la indemnización por perjuicios morales, expuso que la pretensión asciende a la suma de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, de manera que para terminar de despejar los cuestionamientos que formula la apelante sobre este particular aspecto, cabe destacar que la indemnización de esta subespecie de perjuicios que incluye los denominados morales objetivados requiere una labor específica para su acreditación, temática sobre la cual el órgano de cierre en materia penal tiene aquilatado lo siguiente:

“Probar los perjuicios causados es una obligación del apoderado..., como incidentante, aportar todos los medios de conocimiento en el transcurso del trámite que le permitan al cognoscente advertir la efectiva afectación al derecho constitucional alegado y su valoración económica, proporcional y como consecuencia del daño ocasionado por el punible, sin que sea admisible una ponderación caprichosa del perjuicio moral objetivado, sin la observancia de medio alguno que permita adjudicar el valor petitionado al perjuicio causado.

El artículo 97 de la Ley 599 de 2000, señala que el juez, podrá establecer como indemnización una suma de hasta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin embargo esta disposición no está falta de contenido en tanto es esta una facultad potestativa del cognoscente, es decir que no se trata de un mandato de obligatorio

cumplimiento sino que está supeditada a la actividad probatoria de quien promueve el incidente.

En reciente pronunciamiento, esta Corporación, estableció de acuerdo con el precitado artículo que para ejercer la facultad otorgada al juez, debe el interesado probar los supuestos del monto de los perjuicios morales, siendo imposible su reconocimiento y liquidación ante la ausencia de tal sustento probatorio, esto por cuanto el fallador se encuentra limitado a la naturaleza de la conducta y a la magnitud del daño moral causado. (CSJ SP 25 de marzo de 2015. Rad. 42600)”⁷

Categoría de daño (moral), frente a la que la Sala de Casación Penal de la CSJ ha reflexionado como sigue:

“En cuanto a las diversas categorías del daño, considerado éste 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»⁸... esta Corporación en CSJ SP, 27 abr. 2011, rad. 34547 señaló:

(...)

*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)⁹) alude a una modificación sustancial en las relaciones sociales y desenvolvimiento de la víctima en comunidad, comprometiendo su desarrollo personal, profesional o familiar, como ocurre con quien sufre una lesión invalidante a*

⁷ CSJ, SP. Sentencia del 25 de enero del 2017, Rad. SP663-2017, 49.402. M. P. Eugenio Fernández Carlier.

⁸ CSJ SC, 28 feb. 2013, rad. 2002-01011.

⁹ “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.”

consecuencia de la cual debe privarse de ciertas actividades lúdicas o deportivas.

También puede acontecer por un dolor aflictivo tan intenso que varíe notoriamente el comportamiento social de quien lo sufre; desde luego, este daño puede hacerse extensivo a familiares y personas cercanas, como cuando éstas deben asumir cuidados respecto de un padre discapacitado, de quien además ya no reciben la protección, cuidados y comodidades que antes del daño les procuraba. En suma, se trata de un quebranto de la vida en su ámbito exterior, mientras que el daño moral es de carácter interior.”¹⁰

De ahí que siendo un hecho incontrovertible que en el trámite del incidente de reparación integral se debe probar tanto los perjuicios materiales, como los morales objetivados, el daño a la vida de relación, el perjuicio fisiológico, el menoscabo a la salud, etc., esto es, los daños distintos a los conocidos como morales subjetivados, toda vez que no se presumen; es allí, en donde encuentra la Sala la gran falencia en la que incurre el incidentista en este caso, pues como se analizó líneas más arriba nada se demostró sobre el particular.

Recordemos entonces que para obtener indemnización por los perjuicios patrimoniales y 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”. (CSJ SP, 9 jul. 2014, rad. 43933; reiterada en CSJ SP663-2017, rad. 49402).

De esta manera simplemente resta por admitir que si bien “... (i) el condenado tiene obligación de reparar el daño causado con ocasión de su conducta punible; (ii) el delito es fuente de obligación civil; (iii) a la parte interesada no le basta con alegar el daño y cuantificar los perjuicios, sino que debe acreditar y sustentar su valoración económica; es decir, tiene la carga procesal de demostrar la real existencia de la afectación y la proporcionalidad que debe existir en la reparación económica. (CSJ SP663-2017, rad. 49402).”

¹⁰ CSJ, SP. Sentencia del 25 de enero del 2017, radicado SP583-2017, 47.586, M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

En conclusión, resulta carente de todo sustento la pretensión indemnizatoria que realiza la representante de las víctimas en lo que atañe a los perjuicios de índole material y morales objetivados, brillando por su ausencia los elementos de pruebas que permitan evidenciar su valor económico y su cuantificación, sin que resulte de recibo el simplemente equiparlos a la existencia del daño al bien jurídico tutelado. De esta forma solo es atinado afirmar que tal estimativa resulta caprichosa, del todo subjetiva, carente de soporte objetivamente apreciable y en general de apoyo demostrativo, por lo que no le quedaría otra salida a este colegiado que incurrir en inaceptables conjeturas respecto al monto correspondiente a los perjuicios de esta clase así reclamados.

En fin, que al igual que el funcionario de primer grado, concluimos que la representante de la víctima terminó por no acreditar los perjuicios materiales y morales objetivados ocasionados con el delito reconocido por el condenado, pretendiendo que las cuantías y conceptos reclamados en la jurisdicción civil para el pago de la letra de cambio y los perjuicios de dicha índole ocasionados en virtud de dicho trámite sean los mismos que se ordene resarcir dentro del trámite incidental que se sigue a continuación de la sentencia penal, confundiendo el que en desarrollo del trámite incidental no haya que demostrar la fuente de la obligación, que para el caso es el delito, con que no se deba acreditar el necesario nexo con los perjuicios, la naturaleza y cuantía de estos.

No obstante, en lo que tiene que ver con los perjuicios morales subjetivados estimamos desproporcionada la intensidad de los perjuicios y su cuantificación o estimación reparatoria por parte de la primera instancia, pues no solo se puede tener en cuenta que la víctima cuenta con seguridad social y devenga ingresos en razón de su actividad laboral, punto de vista que en criterio del a quo llevan a concluir que en el contexto estudiado la vida de relación del agraviado no sufrió menoscabo alguno.

En efecto, tal mirada y estimativa del asunto simplemente termina dejando de lado el connatural desgaste que implica para un ciudadano el tener que acudir durante tantos años a sendos procesos judiciales en busca de justicia., primero ante la especialidad civil y luego al proceso penal; la afrenta y desazón que significa el ver como el sentenciado trató de burlarse y evadir la administración de justicia que depositó su confianza al entregarle el bien que a su vez serviría

como garantía de la obligación económica, siendo patente la impotencia y desesperanza que esta clase de comportamientos generan en las víctimas que confían, recurren y agotan los trámites que la ley establece para la protección de sus derechos.

Por lo tanto, salvo criterio más ilustrado, de cara al contexto del delito aquí ventilado consideramos que por lo menos la suma en que se condena al sentenciado por concepto de perjuicios morales subjetivados resulta irrisoria y desproporcionada frente a la intensidad intrínseca de estos perjuicios y su cuantificación o estimación reparatoria, pues más allá de los genéricos enunciados que fueron utilizados por la incidentista el funcionario judicial cuenta con la posibilidad de reconocerlos en su justa dimensión acorde al arbitrio *judicium*, aplicando a su vez los principios de reparación integral y equidad, artículo 16 de la Ley 446 de 1998, aspectos este sobre la que precisamente la CSJ, en su Sala de Casación Penal en sentencia de 5 de marzo de 1993 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".*

Es pertinente señalar que en relación con esta clase de perjuicios la jurisprudencia ha considerado que cuando es de un mayor grado, el funcionario puede tener como medida para fijar la indemnización el tope de 1000

S.M.L.M.V. a la fecha de la sentencia, empero, en todo caso la cuantía se determina acudiendo al arbitrio judicial, al prudente juicio del juez y la posibilidad de fallar en equidad.

Consecuencialmente con lo que viene de verse y en relación con lo que la doctrina ha catalogado como pretium doloris o precio del dolor, esta Magistratura, en atención a la evidente carga emocional que para la víctima ha implicado el verse inmerso en sendos y desgastantes procesos en busca de justicia y reparación integral, la naturaleza de la conducta punible por la que el agente aceptó cargos y enajenó abusivamente un bien que no era suyo, y las indiscutibles consecuencias que todo esto ha tenido para la esfera privada del agraviado, su compromiso y sufrimiento emocional, en especial lo que hace a su dignidad, lo que en nuestro sentir basta para tener por probada cierta intensidad del perjuicio ocasionado.

Por manera que a diferencia de lo que estima el a quo, y no obstante que la víctima ha podido continuar hasta cierta medida con normalidad su vida, pues cuenta con facilidades económicas para ello, y en tal virtud no soporta una afectación tan profunda que amerite fijar los perjuicios morales en la suma más alta dispuesta en la tabla salarial según el artículo 97 del C. Penal, esto es, en 1000 SMLMV, la suma fijada por la autoridad de primer grado no deja de ser inocua si se tiene en cuenta la afectación a su fuero interno por la angustia y la perturbación del ánimo que le generaron los hechos más arriba analizados, por lo tanto, estimamos proporcional aumentarla hasta los cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes (al momento de su pago), los cuales huelga decir, al estar tasados de esta forma se entiende debidamente indexados.

La anterior determinación se adopta atendiendo además a que la jurisprudencia especializada enseña sobre la determinación del perjuicio moral subjetivo que se tiene como pautas, y no como exigencias indiscutidas las siguientes:

“Ahora bien, corresponde señalar que los criterios para la determinación del perjuicio moral subjetivo vienen dados por la naturaleza del daño, las condiciones personales de quien lo ha sufrido y las pautas que ha tenido en cuenta la jurisprudencia en casos análogos, en orden a adoptar decisiones equitativas.

Sobre esto último, oportuno es precisar que la Sala de Casación Civil en CSJ SP 6 may. 1998 rad. 4972, indicó que no se ha pretendido imponer topes máximos a la compensación de los perjuicios morales subjetivos, sino pautas que faciliten la resolución de los casos concretos.”¹¹

Epílogo del análisis efectuado por la Sala en este concreto caso, se precisa señalar que en este tipo de eventos y según lo dispuesto en el artículo 338 del Código General del Proceso, el recurso extraordinario de casación procede contra sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito, cuando las pretensiones sean esencialmente económicas y el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea superior a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que en razón de la cuantía de la indemnización fijada en esta sede es claro que contra esta decisión no procede dicho recurso.

*En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de IRI apelada en el caso de autos, en el sentido de reconocer la suma de cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales subjetivados reconocidos a favor de la víctima, acorde a lo visto en el acápite de las consideraciones.

SEGUNDO: Remítase copia de esta decisión al juzgado de primera instancia.

TERCERO: Esta sentencia queda notificada en estrados.

CUARTO: Contra esta decisión no procede el recurso extraordinario de casación según lo normado en el canon 366 del Código de Procedimiento Civil.

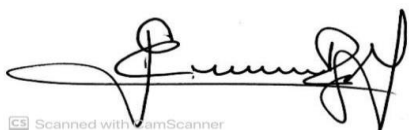
¹¹ CSJ, SP. SP6029-2017, Radicación: 36784, Aprobado Acta N. 124 del 3 de mayo de 2017, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados¹²,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

¹² El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la "firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas".