

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACION PENAL

**Dr. Alvaro Medina
Magistrado Honorable
Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal**

REDACCION DEL CUESTIONARIO PARA EL JURADO DE CONCIENCIA. DENOMINACION JURIDICA DEL DELITO Y DESCRIPCION DE SUS ELEMENTOS ESTRUCTURALES EN LA MISMA CUESTION: NO CAUSA NULIDAD CONSTITUCIONAL NI LEGAL, MUCHO MENOS INEXISTENCIA DEL ACTO PROCESAL. PRETIUM DOLORIS. IMPOSIBILIDAD DE SU JUSTI-
PRECIACION Y DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ PENAL PARA REPARAR-
LO CON FUNDAMENTO EN EL ARTICULO 106 DEL NUEVO CODIGO
PENAL. LIMITE DE LOS MIL GRAMOS ORO PARA CADA UNO DE LOS
OFENDIDOS O PERJUDICADOS.

Magistrado Ponente: Dr. Darío Velásquez Gaviria.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado JOSE ALFREDO UPEGUI ESPINAL contra la sentencia de once de abril de mil novecientos ochenta y uno, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la dictada el cinco de agosto de mil novecientos ochenta por el Juzgado Superior de Yarumal en la que lo condenó a la pena principal de noventa y seis meses de presidio (hoy prisión), como autor responsable del delito de homicidio cometido en persona de Aníbal Barrera Arango. Igualmente le impuso el Juzgado las correspondientes sanciones de carácter accesorio y la obligación, in genere, de pagar los perjuicios ocasionados con la infracción.

En la sentencia del Tribunal se modificó esa condenación abstracta en lo relacionado con los perjuicios de índole moral: Se dijo en ella: “Se condena en concreto a José Upegui Espinal a pagar, como indemnización por daños morales, en favor de la viuda del occiso, Bertha Inés Castrillón de Barrera, en moneda colombiana, suma igual a doscientos gramos oro, y en la de cada uno de sus hijos huérfanos, suma equivalente a cien gramos oro”.

El recurso fue declarado admisible y la demanda se encontró ajustada a las prescripciones formales que establece la ley (fls. 2 y 18 del cuaderno de la Corte).

HECHOS Y ACTUACION PROCE-SAL:

Los hechos ocurrieron en la hacienda “La Selva” de propiedad del procesado, ubicada en el municipio de Ituango (Antioquia), a raíz de rencillas que mantenían William de Jesús Le-

garda y José Barrera, ambos trabajadores de esa finca, y el último, además, hijo del occiso, quien se desempeñaba como administrador de la misma. El día 28 de noviembre de 1978, se suscitó un altercado entre los dos jóvenes trabajadores, al parecer alentado o provocado por el patrón José Upegui Espinal, del cual resultó inicialmente lesionado Legarda a manos de José Barrera. Este fue perseguido por Upegui, revólver en mano, y al no haber podido escarmentarlo, como parece que lo pretendía, disparó contra el padre, quien abogaba por su hijo. Las lesiones así recibidas le ocasionaron la muerte en el propio lugar de los hechos.

Perfeccionada la investigación, se calificó su mérito con llamamiento a juicio de Upegui Espinal por el delito de homicidio simplemente voluntario.

Apelada esa decisión por el apoderado, fue confirmada por el Tribunal sin modificación alguna.

Ninguna prueba se practicó durante la etapa del juicio, ni fue solicitado ni ordenado el avalúo de los perjuicios, no obstante existir bienes embargados —artículo 503 del C. de P. P.— (fls. 85 a 92 vto. y 214 del cuaderno principal).

A consideración del Jurado, se sometió el siguiente cuestionario, el cual fue contestado en forma afirmativa por mayoría:

“El acusado José Alfredo Upegui Espinal, de las condiciones civiles, personales y sociales registradas en el expediente, es RESPONSABLE, SI o NO, del delito de homicidio, consistente el cargo de haber lesionado, intencionalmente y con propósito de matar, al señor ANIBAL BARRERA ARANGO con proyectil de arma de fuego (revól-

ver), a consecuencia natural y directa de lo cual falleció el lesionado en el mismo lugar de los hechos, los cuales tuvieron su ocurrencia en las horas de la mañana del día veintiocho de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, en la finca "La Selva", comprensión territorial del municipio de Iguanago?" (fl. 265 ibídem).

Los sujetos procesales habían solicitado las siguientes respuestas: El Fiscal y la parte civil, "sí es responsable" El defensor, "no es responsable". "No es responsable, porque obró en legítima defensa de su vida". "No es responsable porque obró en legítima defensa de un tercero". "No es responsable porque no están claras las circunstancias como ocurrieron los hechos" (fls. 262 a 264 ibídem).

El Juzgado de conocimiento acogió la veredicción y, con fundamento en ella, profirió la sentencia que, apelada, fue confirmada por el Tribunal mediante la que fue objeto del recurso que ahora se desata (fls. 266 a 280 y 299 a 313 ibídem).

Conviene anotar que ante el Tribunal alegó el defensor, sin éxito, el mismo motivo de nulidad que ahora presenta en casación y lo apoyó, en esencia, en las mismas consideraciones que le sirven ahora de soporte a su libelo (fls. 286 y 287 ibídem).

LA DEMANDA:

Dos cargos formula el recurrente a la sentencia, uno con fundamento en la causal primera y el otro con apoyo en la cuarta del artículo 580 del C. de P.P.

Causal Cuarta

Nulidad de carácter constitucional por haberse vulnerado la estructura básica del proceso.

Lo hace consistir en que en el formulario le dió el Juez denominación jurídica a los hechos, al haberle preguntado al jurado si el procesado era responsable del delito de homicidio, con lo cual violó flagrantemente el artículo 533 del C. de P. P. y afectó de inexistencia el acto, como lo establece el artículo 214 del mismo estatuto.

Fundamenta de la siguiente manera su crítica al fallo por este aspecto:

"Cuando en el cuestionario se describen los hechos y se les da denominación jurídica, se vulnera el esquema formal del acto procesal, ya que se desconocen las formalidades y prohibiciones establecidas expreso por el legislador para que el acto tenga existencia y eficacia en el proceso. Esta ostensible irregularidad no está consagrada como causal de nulidad. Ello es inconcuso. Pero el desconocimiento del molde contemplado en la norma —artículo 533— al que debe ajustarse la actuación del juez para su formación, genera la inexistencia del acto procesal. El acto ontológicamente existe pero procesalmente no. Si se desconoció el esquema formal el acto es inexistente. Lo mismo ocurre cuando se recepcione la declaración de testigo sin juramentarlo previamente".

Como dentro del principio de causalidad que rige la sucesión de los actos procesales, el cuestionario es un acto causa que condiciona la veredicción como su efecto, y a su vez el veredicto condiciona la sentencia, al ser inexistente el veredicto por haber-

se violado las normas legales que regulan su redacción, el esquema lógico del proceso se resiente y la sentencia queda sin su legal soporte que es la veredición.

Sintetiza así su pensamiento:

“Si procesalmente no existe el cuestionario procesalmente no puede existir la veredición, y si no hay veredición no puede haber sentencia. Como la sentencia se dictó en base en un acto inexistente se vulneró la estructura básica del proceso y por ello campea en el proceso una nulidad jurisprudencial de origen constitucional”.

Causal Primera

violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea.

Hace consistir el cargo en que el Tribunal, al convertir en concreta la condenación abstracta que de los perjuicios morales hizo el Juzgado del conocimiento, y al señalar el monto de dichos perjuicios en suma equivalente a doscientos gramos oro para la viuda y cien gramos oro para cada uno de los hijos, le dio al artículo 106 del Código Penal alcances que no le son propios, pues, de un lado, entró a regular esos perjuicios sin que se hubiera adelantado el correspondiente incidente (artículo 308 del Código de Procedimiento Civil), máxime que en el presente caso hay Parte Civil constituida dentro del proceso y no se la puede suplantar en su derecho de presentar una liquidación detallada y hacerla valer; y, de otro lado, rebasó el límite máximo reconocible que es el del equivalente hasta mil gramos oro, pues los huérfanos son diez y a cada uno de ellos les reconoció suma igual a cien gramos oro, más los doscientos señalados para la viuda.

Para el recurrente, el Juzgado puede hacer uso de esa facultad de señalar los perjuicios de naturaleza subjetiva, una vez se haya adelantado el correspondiente incidente de regulación y se llegue a la conclusión de que no son susceptibles de valoración pecuniaria.

Solicita que se case la sentencia y se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto que fijó fecha y hora para el sorteo de jurado de conciencia, si la causal que prospera es la cuarta. Para cada caso de que se acoja la causal primera, pide que se case parcialmente el fallo para proferir condena in género por los perjuicios de toda índole, en lugar de la condena en concreto que de los morales hizo la sentencia acusada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, pues ninguno de los cargos formulados contra ella están llamados a prosperar.

Respecto del primero, el de nulidad, acepta el Procurador que el haberle dado en el cuestionario a los hechos la denominación jurídica de homicidio, es una irregularidad, pues el artículo 533 del C. de P. P. lo prohíbe, pero que ella no alcanza a constituir una nulidad, ni menos una causal de inexistencia del acto.

Recuerda con jurisprudencia de la Corte que no toda irregularidad comporta tan drástica sanción procesal, sino únicamente aquellas que se traducen en violación de derechos fundamentales como el de defensa, o en desconocimiento de las formas del debido

proceso o en el conculcamiento de las bases mismas de la enganización judicial.

Respecto del cargo presentado dentro del ámbito de la causal primera, responde el Procurador que cuando se trata de indemnización por daño moral subjetivo, como este no es susceptible, por su propia naturaleza, de ser avaluado pecuniariamente, no sólo es inadmisibles exigir que se adelante primero un incidente que nada tiene que ver con él, sino que es improcedente pedirle al Juez que espere ese resultado, pues la norma le faculta para hacer esa fijación en concreto, precisamente por ser invalorable pecuniariamente dicho perjuicio.

Recuerda, además, el Procurador, que cuando se alega la causal primera es necesario aceptar los hechos en la forma en que los dio por establecidos el sentenciador, y que en el presente caso, la sentencia no hace mención concreta al número de herederos del occiso. Solamente la viuda fue reconocida como tal en la admisión de la demanda de constitución de parte civil. El número de diez hijos, sólo existe en la referencia que en dicha demanda hizo el apoderado, pero ni se acreditó su calidad de herederos ni se les reconoció como perjudicados.

De esta última consideración deduce el Procurador, que el cargo, además de infundado, está mal planteado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Causal Cuarta

Nulidad de orden constitucional por violación de la estructura básica del proceso.

Dice el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal:

“Cuestionario al jurado.— El cuestionario que el juez someterá al jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así; el acusado N. N., es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que lo constituyan, sin darles denominación jurídica).

Es evidente, como se desprende del texto que acaba de transcribirse, que el legislador quiso que a los hechos sometidos a consideración de los jueces de conciencia, no se les diera denominación jurídica, precisamente porque ellos deciden sobre aspectos fácticos, no jurídicos. Es al Juez de derecho a quien compete enmarcar dentro de los preceptos legales la objetiva veredicción de los jurados.

Con esa prohibición se busca que el jurado popular no sea abocado a difíciles apreciaciones que podrían llegar a confundirlo o desorientarlo en sus juicios.

Pero aún así, el legislador no elevó la violación de esa prohibición a la categoría de nulidad de carácter legal, no obstante que, además de los motivos generales de anulación, estableció unos específicos para el juicio rituado con intervención de jurado (artículos 210 y 211 del C. de P. P.). Ello ha de entenderse así para los casos en que la calificación jurídica concurre con la descripción de los hechos a que ella responde, como sucede en el presente caso.

Y si bien es cierto que en el artículo 214 del mismo estatuto sanciona

con inexistencia del acto el desconocimiento de formalidades consagradas para éste, la norma indica que deben ser de aquellas que la ley hubiere exigido de manera expresa para la validez del mismo. Y no satisfecho el legislador con el precepto de carácter general contenido en el citado artículo 214, conmina de manera concerta con la inexistencia de determinados actos el desobedecimiento de precisas exigencias requeridas para su validez, con lo cual ilustra de manera particular el espíritu y el alcance de la norma del artículo 214.

Tal ocurre, por ejemplo, con ciertos requisitos que deben llenar las actas; con la obligación de señalar, mediante auto previo, el objeto, lugar, fecha y hora de la diligencia de inspección judicial; con el deber del juez de interrogar personalmente al testigo; con las prohibiciones para ser perito y con el requisito del juramento que debe prestar y las admoniciones que el juez debe hacerle al posesionarlo (artículos 162, 224, 247, 268, 270 del C. de P. P.).

Claro que es necesario entender que además de estas hipótesis de inexistencia del acto procesal, pueden presentarse otras, como aquellas en que se atenta contra la estructura lógico-jurídica del mismo. Así ocurriría, *verbi gratia*, en el caso de un auto de proceder en el que no se precisara el cargo por el cual se llama a responder en juicio, o en el de una sentencia sin motivación alguna, o cuya motivación se contradijera sustancialmente con la parte resolutive.

En el caso que se estudia, no solamente no está sancionado de manera específica con inexistencia del acto el desobedecimiento de la prohibición de

darle denominación jurídica a los hechos consignados en el cuestionario, sino que tampoco se desprende tan severa sanción de los propios términos del artículo 533 del C. P. P., ni se llevó, por ello confusión a la mente del jurado, ya que la descripción que en el mismo cuestionario se hace de los hechos no puede tener denominación genérica distinta de esa de homicidio, como también se hizo en la parte resolutive del auto de proceder.

Tanto los jurados de conciencia como los sujetos procesales que intervinieron en la audiencia sabían que estaban juzgando a José Alfredo Upegui Espinal por haberle dado muerte con arma de fuego a Aníbal Barrera Arango.

Ningún condicionamiento especial ni limitación alguna implicaba para sus respectivas tareas la circunstancia de que el cuestionario denominara innecesariamente esos hechos como lo hace el C. Penal, esto es, como **homicidio**, vocablo que, de acuerdo con su etimología (*hominem caedere*), significa exactamente eso: dar muerte a un hombre. Quizás por eso no se registró durante la audiencia ninguna censura de esta índole, ni el defensor se sintió limitado para presentar sus variadas fórmulas de respuesta al cuestionario, que van desde la negativa absoluta de responsabilidad hasta la justificación del hecho (fls. 262 del cuaderno principal).

La Corte hizo, respecto de un caso similar, las siguientes apreciaciones que son valederas para el presente, como adecuadamente lo recordó el Fiscal del Tribunal:

“Es cierto que en los juicios en que interviene el jurado debe inquirir-

sele a éste en los cuestionarios que deba resolver sobre los hechos estructurales del delito o de los delitos objeto de la acusación, sin darle denominación jurídica, pues así lo preceptúa el artículo 533 del C. de P. P., que codificó el 28 de la ley 4a. de 1943. Pero de esta normación no puede deducirse, como lo sostiene el actor, nulidad de la actuación si en los cuestionarios se hacen, a veces para mayor claridad y precisión, alusiones incidentales en asuntos jurídicos que han sido suficientemente explicados en el auto de proceder y que no dan como campo a interpretaciones equívocas, ni estorban la defensa, ni constriñen la voluntad de los jurados, ni dificultan la respuesta que éstos tengan a bien expresar, como aconteció en el caso de autor, pues a los jueces de conciencia se les preguntó si el acusado Teodosio Moreno Berrío era responsable de haber causado la muerte, con propósito de matar, al señor Marco Antonio Payares Montes, después de haber cometido el delito de robo y para ocultar esa infracción, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se detallan en el cuestionario, y se les indagó igualmente si el mismo procesado era responsable como cómplice necesario del delito de robo de dinero y prendas de propiedad de Payares Montes, según hechos que ocurrieron "el día veintiuno de agosto del año de mil novecientos sesenta y cinco (1965), por los lugares del mercado público de la ciudad (de Montería), en las horas de la noche (fl. 139), y los puntos de derecho a que se hace referencia en los cuestionarios sobre los cuales se pronunció el jurado quedaron suficientemente explicados en la vocación a juicio, se discutieron en la audiencia pública y no ofrecieron dubitación al Tribunal popular para su veredicto.

"Importa observar que ni la norma que regula la elaboración de los cuestionarios para el jurado, ni ninguna otra disposición legal, conmina con nulidad el hecho de que en ellos se incluyan calificaciones jurídicas en aspectos de la conducta delictuosa, tales como el fin de encubrir un delito de robo en caso de homicidio, o la clase de complicidad con que procedió alguno de los cooperadores en la infracción, materias que en este proceso se trataron en el pliego de cargos y se debatieron en el juicio sin ninguna perplejidad. Y si en eventos como en el descrito no existe nulidad por mandato legal, mucho menos puede afirmarse nulidad de carácter constitucional en base al artículo 26 de la ley suprema, pues este tipo de nulidad excepcional, ideada por la jurisprudencia, sólo es admisible como lo tiene dicho la Corte en numerosos fallos "cuando se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación al derecho de defensa del procesado" (Casación de 3 de septiembre de 1971, G. J. T. CXXXIX, números 2346 a 2351, páginas 353 y 354).

Recientemente hizo la Sala planteamiento semejante en un caso en que se formuló a la sentencia un cargo igual al que ahora se estudia.

Dijo entonces:

"Por lo demás, a pesar de la desusada palabra consignada en el cuestionario (encartado), y a pesar de que resultaba inútil recordar al jurado la calificación de homicidio que se había dado en el auto de proceder, la lectura de la pieza discutida permite saber que se pregunta en ella si el procesado es o

no responsable de haber dado muerte con intención de matar a otro, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que a continuación se consignan” (Sentencia de 31 de marzo de 1981).

El cargo no prospera.

Causal Primera

Violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación del artículo 106 del C. P.

Establece el Código Penal que el hecho punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan (artículo 103). Y esa reparación debe ser completa, esto es, que debe atender el resarcimiento de todo menoscabo de los derechos de la persona, que resulte ser consecuencia de la acción delictuosa.

Se dice que son daños materiales los que pueden cuantificarse económicamente, y morales aquellos que escapan, por su misma naturaleza, a la posibilidad de una valoración en dinero.

La doctrina ha distinguido entre los segundos una doble especie, la de los que no trascienden la órbita de la intimidad de la persona, y la de aquellos que desbordan ese mundo de la subjetividad para producir externamente efectos y consecuencias que afectan la capacidad productiva o laboral de la persona. A los primeros los denomina “daño moral subjetivo” y a los segundos “daño moral subjetivable”.

Esta segunda categoría, al ser susceptible de valoración económica, penetra en la esfera del daño material o de índole propiamente patrimonial,

diferenciándose de éste solamente por la naturaleza de la fuente de donde dimana.

No es a esta clase de daño, entonces, al que se refiere el artículo 106 del Código Penal, sino al de naturaleza y consecuencias estrictamente subjetivas, esto es, al que se genera y se mantiene en la intimidad de la persona, lacerándola y acongojándola, pero sin mancillarse a través de su exteriorización.

Por eso se ha llegado a denominar “*Pretium doloris*” a la satisfacción en dinero que la ley asigna a esa intangible consecuencia del delito. Y hubo necesidad de que fuera la propia ley la que la señalara en su cuantificación máxima y que fuera el propio juez el encargado de individualizarla en cada caso dentro de ese límite legal. Ello, porque los sentimientos no tienen precio y porque, de tenerlo, habría de ser el propio ofendido o perjudicado con el delito quien lo tasara, lo cual no armoniza con el carácter público del “*ius puniendi*”, encomendado al Estado.

El artículo 106 del Código Penal, dice:

“Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente.- Si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos de oro.

“Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida

y la naturaleza y consecuencias del agravio sufrido”.

Aludiendo a la índole y peculiaridades del daño moral dijo la Corte lo siguiente, en sentencia de su Sala de Negocios Generales del 23 de abril de 1941, cuando corrían los primeros años de vigencia del Código que dejó de regir el 29 de enero de 1980:

“Este daño moral no objetivado, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Por eso, si de reparación del daño moral se trata, ha de admitirse que como tal no es posible lograrla sino en la medida de su objetivación.

“En la zona del daño puramente subjetivo y social la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque la estimación social y pública no es artículo de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por la lesión emanada de esta clase de daño. Admitir el ‘pretium doloris’ para compensar económicamente el daño subjetivo es aceptar un absurdo en lo moral y en lo jurídico.

“Lo que no implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así lo llaman Jossierand y con él otros expositores.

“Tal criterio de la satisfacción por el daño moral es el que se haya consagrado o previsto por la ley colombiana, en relación con la especie de daño de que ahora se trata. En efecto, al decir

el artículo 95 del Código Penal que ‘cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos”, parte de la base de la imposibilidad que existe de reconocer una indemnización completa del perjuicio, que no la daría el dictamen de terceros, sino la estimación del propio lesionado, ya que el daño moral subjetivo resulta en realidad de la receptividad de la víctima, como lo observa Ripert. En el orden material el perjuicio se avalúa mediante el criterio general y humano; en el subjetivo, para que la reparación fuera completa, debería basarse en la estimación del lesionado. Mas si ésta rigiese, el quantum de la indemnización sería el que por aquel se señalase, y no se hallaría limitado a la suma que fija la ley. Sin embargo, el sistema colombiano es el que mejor armoniza con las concepciones más recientes del derecho y de los principios que dentro de él inspiran la reparación del perjuicio. Como ella no puede alcanzarse en forma completa, y aplicando las reglas ordinarias para la fijación del monto, se pronuncia la justicia ordenando una satisfacción, como se ha dicho, o haciendo la simple afirmación del quebrantamiento del derecho, ya que en el fenómeno jurídico que se analiza, como con propiedad lo anota Demogue, la indemnización representa “una necesaria afirmación de la injusticia cometida, más que la reparación del quebranto causado al derecho de la víctima”, “puesto que se trata de reaccionar contra el acto dañoso y en manera alguna de hacerlo desaparecer con una compensación”. Por ser procedente la satisfacción de que se habla, y no la reparación común y completa establecida en la ley civil

como norma general para todos los daños, el concepto de modicidad de la suma que ha de entregarse, según la ley nacional, es también acertado. Y queda, finalmente, por considerar en la forma legal a que se alude, la forma de disposición al arbitrio del juez, que allí establece, en orden al señalamiento del quantum. Este procedimiento es el aconsejable para estos casos, en que, dentro de una suma reducida, podrá el juez apreciar si las circunstancias del lesionado imponen la entrega de la cantidad total o de una parte, o si ellas permiten o indican como mejor la mera condensación simbólica aplicada en algunas ocasiones por ciertos tribunales, a una cantidad ínfima que generalmente es la unidad más pequeña en la moneda respectiva, pero con cuya condenación se obtiene el propósito que se quiere alcanzar, según queda explicado.

“Dedúcese de lo dicho que la ley patria que establece la indemnización del perjuicio moral subjetivo ha introducido en nuestro derecho positivo una reforma que traduce las más modernas concepciones jurídicas y que marca una evolución saludable en el campo complejo y arduo de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas.

“Resumiendo lo dicho en este capítulo sobre perjuicios morales, se tiene que ellos deben repararse, en general, mediante su objetivación; y que para el daño no objetivable se admite una pequeña satisfacción pecuniaria que se gradúa prudencialmente por el juez, según las circunstancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del Código Penal” (Gaceta Judicial Tomo LI, páginas 434 y 435).

Al no ser el daño moral subjetivo cuantificable pecuniariamente, como

se ha dejado dicho, escapa a toda regulación por medio de peritos, de donde, ni se precisa nombrarlos para ese efecto ni esperar sus resultados, que habrán de ser necesariamente negativos, para entrar a señalar su monto por el juez dentro del límite máximo fijado por la ley.

Eso fue lo que hizo el Tribunal dentro de la facultad discrecional que le otorga el artículo 106 del C. P. y ante el convencimiento de que los perjuicios que en concreto apreciaba en este caso eran los morales de índole subjetiva, o sea, los no susceptibles de tasación monetaria.

Si además de éstos, llegaren a comprobarse los morales determinables, podrán ser objeto de justipreciación junto con los materiales en el incidente de regulación que puede llegarse a proponer, como lo permite el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, y por contener la sentencia, respecto de ellos, una condenación in género.

Con la fijación de la suma que, por concepto de daño moral subjetivo, reconoció el Tribunal a la viuda y a los huérfanos del occiso, buscó darles esa satisfacción para su dolor que autoriza la ley.

Para que no quede duda de que este es el aspecto que se indemniza en este caso, el propio fallo lo expresó de la siguiente manera:

“Pero, siguiendo las pautas del artículo 106 del C. Penal, dentro del sano arbitrio del Juez (colegiado en este caso), y atendiendo el dolor moral causado a la viuda y a sus hijos con la sustracción de la vida de Aníbal Barrera Arango, se concretará la condena al pago de los daños morales, el equiva-

lente en moneda nacional, a doscientos gramos oro en favor de la señora Bertha Inés Castrillón de Barrera, y a cien gramos oro para cada uno de sus hijos huérfanos" (fls. 312 del cuaderno principal — subrayas fuera del texto).

Por lo que respecta al señalamiento en concreto que el Tribunal efectuó de sumas específicas para la viuda y para cada uno de los huérfanos, con lo cual puede llegarse a superar la cantidad de los mil gramos oro que determina la norma, la Sala pone de presente que, dadas las peculiaridades de este reconocimiento económico por el dolor moral, el tope de los mil gramos oro no debe entenderse como único respecto de todos los ofendidos y perjudicados, sino en relación con cada uno de ellos, y no como una suma que tiene que reconocerse siempre en su integridad, sino como un límite dentro del cual se hacen las respectivas regulaciones, según el prudente arbitrio otorgado al juez.

Esa terminó siendo, además, la tendencia jurisprudencial y doctrinaria de interpretación del artículo 95 del anterior Código, el cual establecía una suma hasta de dos mil pesos que podía ser reconocida al ofendido como satisfacción por el daño moral.

Basta recordar el siguiente pronunciamiento de la Corte al respecto:

En sentencia de 6 de junio de 1945, la Sala de Casación Civil, después de analizar los diferentes criterios que, en tratándose del perjuicio moral, se habían tenido hasta entonces respecto de la interpretación del artículo 95 del Código Penal, dijo:

"Reparando sobre esa disposición legal (se refiere al citado artículo 95)

se observa que el límite máximo de reparación fijado en ella, es para 'la indemnización que corresponda al ofendido' como lo reza claramente el texto; lo cual está significando, al usarse esa expresión en singular, que cuando son varios los ofendidos a cada uno debe asignársele la correspondiente indemnización pero sin pasar para éste de la cantidad indicada en dicho artículo.

"Si es evidente que el principio de que a cada persona perjudicada y ofendida con un hecho u omisión debe indemnizársele en su totalidad y hasta donde las circunstancias lo permitan el perjuicio que se le haya causado y si el quebranto o lesión del patrimonio efectivo constituye en quien lo padece una entidad jurídica propia e independiente, la tesis que esta Sala ha sentado antes, muy fácilmente conduciría a extremos que llevaran al desconocimiento de aquel principio fundamental, pues bien podría darse el caso que existiendo varios damnificados por un solo hecho que demandaren en distintas oportunidades y por cuerda separada, el primero que lograra la decisión de su causa pudiera obtener, dentro del criterio prudencial que guiara al juez, una suma hasta de dos mil pesos como reparación o satisfacción por el perjuicio moral subjetivo sufrido, y entonces resultaría que como ya se decretó en favor de ese ofendido el pago de la suma a que según la doctrina de esta Sala podía llegarse como máximo por el concepto expresado, los otros damnificados sufrirían un quebranto sin recibir la correspondiente prestación o satisfacción pecuniaria a que en principio tenían justa razón, lo que aparece contrario al principio fundamental de derecho arriba invocado.

“Entonces, resulta como la interpretación más conforme con el texto claro del artículo 95 tantas veces citado, la que admite al aplicar éste en lo civil para el efecto de regular el daño moral subjetivo que el límite fijado por esa disposición es rígido y no se puede traspasar por el juzgador al fijar el pretium - doloris, pero con la aclaración para cada demandante u ofendido puede fijarla prudencialmente el juez hasta el límite máximo señalado en dicho artículo” (Gaceta Judicial, Tomo LIX, página 140).

Posteriormente, la Sala de Casación Penal prohibió íntegramente esta doctrina en sentencia de 18 de febrero de 1958 (Gaceta Judicial Tomo LXXXVII páginas 221 a 225).

No cabe duda que ese tiene que ser el alcance que se dé también al artículo 106 del Código vigente, no solamente porque, en esencia, está concebido sobre los mismos presupuestos y con los mismos objetivos del artículo 95 del anterior código, sino porque la naturaleza de la satisfacción pecuniaria del dolor que con él se persigue, demanda que la suma reconocible se entienda para cada uno de los ofendidos o perjudicados, pues en cada uno de ellos se hace realidad ese íntimo sentimiento de pesar, consecuencia del delito, al que la ley le reconoce una satisfacción; y si por su propia índole es difícil su estimación en dinero, más habrá de serlo en frente de una barrera común infranqueable, que conduciría indefectiblemente, cuando fueren varios los titulares de la satisfacción, a promedios y acomodamientos que no se compadecen con los nobles fines que inspiraron la norma.

Los redactores del anteproyecto del Código Penal del año de 1974 pres-

cribieron de la disposición contenida en el artículo 95 del Código Penal de 1936, por estimar que ella quedaba comprendida dentro del precepto de carácter general que obliga al responsable a resarcir los daños de índole material, moral ocasionados con su acción, y por cuanto, de todas formas, esos perjuicios morales podían ser valorados por el Juez con la ayuda de peritos (Acta No. 63, correspondiente a la sesión del 2 de julio de 1973; publicación hecha por el Ministerio de Justicia, página 405).

Los Comisionados para la redacción del anteproyecto de 1978, no solamente mantuvieron la norma a que aludía el citado artículo 95, sino que actualizaron el valor de la suma que debía reconocerse y precisaron que ella se entendía en razón de cada perjudicado. El artículo 131 de ese proyecto, correspondiente al Título V, del Libro Primero, Parte General, que versaba sobre “La Responsabilidad Civil Derivada de la Infracción Penal”, dice:

“Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente.— Si el daño moral ocasionado por la infracción no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización, la cual no excederá, **para cada ofendido o perjudicado**, de cincuenta mil pesos.

“Esta tasación se hará tenido en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias del agravio sufrido” (Proyecto del Código Penal Colombiano, 1978, publicación realizada por el Ministerio de Justicia, pág. 33 (subrayas fuera del texto).

Los redactores del anteproyecto de 1979, el cual fue el antecedente inmediato del actual Código conservador en esencia la norma propuesta en el precedente anteproyecto, limitándose a arbitrar un sistema diferente para la tasación del perjuicio moral, que fue el referido al patrón oro.

Aunque suprimieron la expresión “para cada ofendido o perjudicado”, en la discusión que se hizo del tema no afloró en momento alguno la intención de dejar establecido que la suma de los mil gramos oro era única para todos los ofendidos o perjudicados, de donde se puede colegir que más bien juzgaron innecesaria esa precisión, pues la tradición jurisprudencial indicaba que ese monto podía ser reconocido respecto de cada ofendido o perjudicado.

En el acta No. 9 correspondiente a la sesión del día 29 de marzo de 1979, cuando se consideró el artículo 131 del proyecto final (1978) “Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente”, se lee lo siguiente: “Dr. Ortega Ramírez.— No estoy de acuerdo con la suma de dinero, porque todos somos conscientes de la permanente devaluación. Por consiguiente, podemos adoptar una fórmula que evite los posibles y permanentes cambios de la norma por razón de la devaluación. Por ejemplo, decir: “Hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro”.— Doctor Giraldo Marín: Estoy de acuerdo con la propuesta del doctor Ortega Ramírez. A manera de historia quiero señalar que cuando la comisión de 1936 aprobó el artículo 95 del Código Penal actualmente en vigencia, fijó una cantidad máxima de dos mil pesos como indemnización al daño moral ocasionado por el delito, por imposibilidad de avaluar-

lo pecuniariamente. Señaló esa suma de dinero porque con ella se compraban mil gramos oro. Es decir, tuvieron en cuenta esta referencia como base de la liquidación del daño moral. Esto se afirma con las doctrinas del Consejo de Estado, que en fallos de Sala Plena fechados el 9, 13, 14 y 15 de febrero de 1978, expedientes Nos. 1632, 1659 y 1622 y 1639, hicieron alusión al valor de mil gramos oro al momento de efectuarse la liquidación del perjuicio”.

Después de este intercambio de opiniones, fue aprobado el proyecto de artículo con texto igual al que registra el actual artículo 106 del Código vigente (“Trabajos preparatorios. Actas del nuevo Código Penal. Parte general. Artículos 1 a 110. Volumen Primero. Edición dirigida por Luis Carlos Giraldo Marín, pág. 607).

En la “Relación Explicativa”, suscrita por el Presidente de la Comisión Redactora del nuevo Código Penal, doctor Federico Estrada Vélez, nada se dijo al respecto. En la página 50 de la edición oficial del Código, realizada por el Ministerio de Justicia, se lee: “Por último, el Título M, reglamenta lo relativo a la responsabilidad civil como consecuencia de la comisión de un hecho punible”.

Los más próximos antecedentes históricos del nuevo Código Penal y la tendencia jurisprudencial que orientó la aplicación del artículo 95 del Código Penal de 1936, permiten sostener que la suma de mil gramos oro que establece el artículo 106 como límite máximo reconocible por perjuicios morales subjetivos, ha de entenderse en razón de cada ofendido o perjudicado, no de la totalidad de los mismos, pues sigue siendo valedera la conside-

ración de que si respecto de uno de ellos fue tan intenso el grado de dolor moral que el Juez estimó, en su prudente arbitrio, que debía reconocerle el máximo de ella, quedarían los demás sin posibilidad de que les fuera decretada esa satisfacción pecuniaria a la que igualmente tienen derecho.

En razón de las consideraciones que se dejan hechas forzoso es concluir que el Tribunal no interpretó erróneamente el artículo 106 del Código Penal, cuando, haciendo uso de la facultad discrecional que le concede dicha norma, señaló directamente el monto que debía reconocerse a cada uno de los perjudicados con el delito, y lo hizo teniendo en cuenta el máximo de

mil gramos oro para cada uno, pero sin rebosarlo en ninguno de los casos.

El cargo no prospera.

En virtud de las precedentes apreciaciones, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.