



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación: 250002326000200500321 01 (39951) (acumulado)
Actor: JOSÉ EDILSON ESPITIA Y OTROS
Demandado: NACIÓN – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN
JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Referencia: REPARACIÓN DIRECTA

***Tema:** Privación injusta de la libertad - Conducta atípica – ajuste perjuicios morales - reiteración jurisprudencial – reparación por afectación de los bienes constitucionalmente protegidos – valoración de copias simples – apreciación de testimonio sospechoso.*

En virtud de la prelación dispuesta por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en Acta del 25 de abril de 2013 y comoquiera que la presente providencia comporta la reiteración de la jurisprudencia en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y las entidades demandadas, la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 10 de junio de 2010, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos (se transcribe de forma literal incluso con errores):

“PRIMERO.- Declárese administrativamente responsable a LA NACIÓN – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN con ocasión de la privación injusta de la libertad de que fueron objeto los señores Elder Alfonso Medina y José Edilson Espitia, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a LA NACIÓN – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer y a pagar a los siguientes perjuicios:

a) En el expediente 2005-321

1) Condénese de manera genérica a la parte demandada al pago del perjuicio material en la modalidad de lucro cesante que se le hayan causado al señor Elder Alfonso Medina, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.

2) Por concepto de perjuicios morales para el señor Elber Alfonso Medina, la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

b) En el expediente 2005-1702

1) Condénese de manera genérica a la parte demandada al pago del valor del tratamiento psicológico del señor José Edilson Espitia y de su hijo May Donoban Espitia, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.

2) Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor del señor José Edilson Espitia la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$45.251.333).

3) Por concepto de perjuicios morales los siguientes montos:

- Al señor JOSÉ EDILSON ESPITIA ESPITIA, la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A MAY DONOVAN ESPITIA, hijo del directamente afectado, se le reconocerá el equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A María Custodia Espitia, madre del directamente afectado, se le reconocerá el equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A José Álvaro Espitia, padre del directamente afectado, se le reconocerá el equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A Rubiela Pineda, esposa del directamente afectado al momento en que se causó la privación injusta de la libertad, se le reconocerá el equivalente a veinte (15) quince salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A Ligia Espitia Espitia, hermana del directamente afectado, se le reconocerá el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A Nidia Espitia Espitia, hermana del directamente afectado, se le reconocerá el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO.- Sin condena en costas.

QUINTO.- Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por secretaría de la sección los gastos ordinarios de proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad a lo establecido por el Artículo 7° y 9° del Acuerdo No. 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura¹.

I. ANTECEDENTES

¹ Folios 305 - 331 del cuaderno de segunda instancia.

El 20 de agosto de 2004², en escritos separados, por conducto de apoderados judiciales, los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia, actuando en nombre propio, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Fiscalía General de la Nación³, con el fin de que se les declarara patrimonialmente responsables por los perjuicios sufridos por la privación injusta de la libertad de la cual fueron objeto con ocasión de un proceso penal adelantado en su contra⁴.

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, el señor José Edilson Espitia Espitia reformó la demanda, en la cual precisó que los integrantes de la acción impetrada eran May Donoban Espitia Pineda, José Álvaro, Custodia, Yaneth, Dora María, Ligia, José Álvaro e Indira Espitia Espitia⁵.

El señor Elber Alfonso Medina solicitó que se condenara a las entidades públicas demandadas a pagar por concepto de indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante el monto equivalente a \$1.000.000.000 y, por concepto de indemnización de perjuicios morales, el monto equivalente a 1.000 SMMLV.

Así mismo, el señor José Edilson Espitia Espitia solicitó que se condenara a las entidades demandadas a pagar por concepto de indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, el monto equivalente a \$175.000.000 con ocasión de la investigación promovida en su contra desde el 18 de agosto de 1993 por parte de la Fiscalía General de la Nación, así como la suma equivalente a \$185.000.000 respecto de la sentencia condenatoria del 23 de octubre de 1995 proferida por el Tribunal Nacional Sala de Decisión; en la modalidad de lucro cesante la suma de \$2.900.000.000, de igual manera solicitó un tratamiento psicológico para él y su hijo May Donoban Espitia Pineda, estimado en la suma equivalente a \$425.000.0000 para cada uno de ellos.

Por concepto de indemnización de perjuicios morales solicitó, en la modalidad de daño moral objetivado, el valor equivalente a 850 SMLMV y por daño moral subjetivado el valor equivalente a 700 SMLMV; por concepto de daño a la vida en relación se pidió el valor equivalente a 750 SMLMV.

² Las demandas fueron radicadas en la misma fecha, según consta a folios 406 del cuaderno 3 de primera instancia y 802 del cuaderno 1 de primera instancia.

³ A la demanda interpuesta por el señor José Edilson Espitia Espitia le correspondió el radicado No. 2004-02257, mientras que a la demanda formulada por el señor Elber Alfonso Medina el radicado No. 2005-00321.

⁴ Folios 391 – 406 del cuaderno 3 de primera instancia; 786 – 802 del cuaderno 1 de primera instancia.

⁵ Folios 25 – 57 del cuaderno 2 de primera instancia.

De otra parte, solicitó que la parte demandada reconozca, pague y cotice al Sistema de Seguridad Social en Salud, los riesgos de salud, riesgos profesionales y pensiones a favor del señor José Edilson Espitia Espitia, durante el tiempo en que permaneció privado injustamente de la libertad, sobre el ingreso promedio mensual acreditado en el proceso.

En subsidio de la anterior pretensión, solicitó que la parte demandada reconozca, pague y cotice a favor del señor José Edilson Espitia Espitia al Sistema de Seguridad Social en Salud, los riesgos de salud, riesgos profesionales y pensiones, a partir de la ejecutoria de la sentencia, el equivalente al doble del tiempo que permaneció privado injustamente de la libertad, sobre el ingreso promedio mensual que se acreditaría en el proceso, con incrementos anuales referidos al IPC.

Seguidamente solicitó que se pagara a los actores los intereses sobre el valor de la condena y que, el Gobierno Nacional le pida perdón a cada uno de los demandantes⁶.

Los actores narraron en la demanda, en síntesis, que el día 17 de agosto de 1993 la Fiscalía Regional de Boyacá dio apertura a la investigación penal en contra del señor Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia como presuntos cómplices del homicidio del agente de policía Abraham Noguera Rodríguez, después de que el señor Elber Alfonso Medina se entregara voluntariamente y declarara que el día 16 de agosto de 1993 él conducía un taxi en el que transportaba a cuatro personas entre las cuales se hallaba el señor José Edilson Espitia Espitia, señaló que al lado derecho del conductor del vehículo estaba sentado el señor alias “Ñatas”, quien al observar un retén policial en la vía por la que transitaban, esto es Chiquinquirá – Tinjacá, apuntó con un revólver al señor Elber Alfonso Medina y le ordenó que no se detuviera en aquél retén, así pues, el señor Medina obedeciendo las órdenes de alias “Ñatas” no se detuvo, en consecuencia dos agentes de policía, entre ellos el agente Abraham Noguera, iniciaron la persecución al vehículo, seguidamente alias “Ñatas”, disparó a los agentes hiriendo al referido Policía Abraham Noguera y, seguidamente salió del vehículo emprendiendo su huida, así los demás ocupantes del taxi invadidos por el miedo siguieron su camino hasta el municipio de Chiquinquirá.

Señalaron que, mediante Resolución de 9 de septiembre de 1993, la Dirección Regional de Fiscalías – Unidad Especial de Terrorismo decretó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de los señores Elber Alfonso Medina y

⁶ Folios 28 – 31 del cuaderno 2 de primera instancia.

José Edilson Espitia Espitia, como presuntos responsables del homicidio del agente de la Policía Abraham Noguera Rodríguez.

Dijeron que el 18 de agosto de 1994, la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Regional – Unidad Especializada de Terrorismo, profirió resolución de acusación en contra de los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia por el delito de homicidio.

Se dijo en la demanda que, el 22 de junio de 1995, en la etapa de juicio, el Juez Regional de Bogotá dictó sentencia absolutoria a favor de los sindicados, la cual fue apelada por la Fiscalía General de la Nación, recurso que fue resuelto por el Tribunal Nacional mediante sentencia de 23 de octubre de 1995 a través de la cual revocó la decisión del *a quo* y, en su lugar, condenó a José Edilson Espitia y Elber Alfonso Medina a la pena principal de 21 años de prisión en calidad de cómplices del delito de homicidio agravado, por lo que se prolongó la medida de aseguramiento con detención preventiva física de la libertad por el término de 8 años y cuatro meses.

Se expuso que los condenados formularon recurso extraordinario de Casación, el cual fue resuelto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el 4 de abril de 2003, en el sentido de absolver a los procesados de los cargos imputados en la resolución de acusación.

Se concluyó en las demandas acumuladas que la privación de la libertad de los señores José Edilson Espitia Espitia y Elber Alfonso Medina fue injusta, comoquiera que las entidades accionadas incurrieron en una falla en el servicio, al no contar con las pruebas necesarias para procesarlos por el delito que se les endilgaba, y mucho menos para privarlos de su libertad, situación que les ocasionó graves perjuicios.

Las demandas así formuladas fueron admitidas a través de providencia de 3 de marzo de 2005, en el proceso radicado No. 2005-321 y el 1° de diciembre de 2005⁷ en el proceso radicado No. 2005-1702. Posteriormente, a través de providencia de 2 de noviembre de 2006⁸, se dispuso la acumulación de los referidos expedientes.

La Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial contestó la demanda para señalar que la Fiscalía General de la Nación se encontraba en la obligación constitucional de investigar a los imputados y a respetar sus derechos y garantías constitucionales, así pues, manifestó que la Constitución contempla los parámetros sobre los cuales se desarrolla su actividad, por lo que señaló que “se ve

⁷ La demanda fue reformada a través de escrito de 24 de febrero de 2005, visible a folios 26 a 32 del cuaderno 2 de primera instancia.

⁸ Folios 502 – 504, del cuaderno 3 de primera instancia.

*con meridiana claridad que la actuación en el caso que nos ocupa de la entidad que represento se ajustó íntegramente al mandato supremo, por lo que lo procedente es confrontar las actuaciones acusadas de ilegales con las normas que en concreto rigen el proceso penal*⁹, en consecuencia, adujo que sus actuaciones se ajustaron a derecho y por lo tanto estaban revestidas de legalidad¹⁰.

La Fiscalía General de la Nación contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por los actores. Como fundamento de su defensa manifestó que su actuación se realizó dentro del cumplimiento de un deber constitucional y que la medida de aseguramiento tenía un carácter preventivo y no sancionatorio para asegurar que las personas sindicadas de haber cometido un delito, cuando contra ellas existieran indicios graves de responsabilidad, comparecieran efectivamente al proceso penal y no escaparan a la acción de la justicia. Así, concluyó que no existió daño antijurídico y que, por ello, las pretensiones de la parte actora no estaban llamadas a prosperar¹¹.

Vencido el período probatorio dispuesto en providencia proferida el 24 de julio de 2008¹², el Tribunal de primera instancia mediante auto de 4 de marzo de 2010 corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto¹³.

En esta oportunidad la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial guardó silencio, mientras que la Fiscalía General de la Nación reiteró en su integridad los argumentos expuestos en la contestación de la demanda¹⁴; la parte actora hizo lo mismo respecto del libelo introductorio¹⁵.

El Ministerio Público presentó concepto a través del cual señaló que era procedente la reparación económica por parte de las entidades demandadas a los accionantes, en la medida en que los actores después de haber sido privados de la libertad obtuvieron la absolución por parte de la Corte Suprema de Justicia y con ello, la

⁹ Folio 9 del cuaderno 2 de primera instancia.

¹⁰ Folios 6 – 18 del cuaderno 2 de primera instancia; 422 – 436 del cuaderno 3 de primera instancia.

¹¹ Folios 74 – 81, 106 - 109 del cuaderno 2 de primera instancia; 444 – 450 del cuaderno 3 de primera instancia.

¹² Folios 129 – 132 del cuaderno 2 de primera instancia.

¹³ Folio 234 del cuaderno 2 de primera instancia.

¹⁴ Folios 287 - 284, 290 – 293 del cuaderno 2 de primera instancia.

¹⁵ Folios 235 – 258, 263 – 286 del cuaderno 2 de primera instancia.

posibilidad de recibir la indemnización por concepto de los perjuicios morales y materiales en razón de los 8 años y 4 meses que permanecieron en prisión¹⁶.

I.I. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 10 de junio de 2010, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos al inicio de esta providencia¹⁷.

Tras hacer un recuento de las disposiciones legales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad extracontractual del Estado frente al tema objeto de la controversia, el *a quo* estimó que se configuraron los presupuestos para la indemnización a cargo del Estado, toda vez que se acreditó que los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia fueron privados de su libertad por orden de la Fiscalía General de la Nación en etapa de instrucción y de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en etapa de juzgamiento.

I.II. EL RECURSO DE APELACIÓN

1. El recurso de Elber Alfonso Medina

El apoderado de Elber Alfonso Medina interpuso recurso de apelación para solicitar que se modifique la indemnización de perjuicios, en el sentido de tasar la condena por concepto de perjuicios materiales con fundamento en el salario mínimo legal mensual vigente, habida cuenta que por razones propias de la actividad del actor, no existen dentro del proceso soportes contables que acrediten su nivel de ingresos.

Así mismo, en relación con los perjuicios morales solicitó que la condena otorgada se incrementara a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, toda vez que estuvo privado de la libertad por un término de 8 años y 4 meses¹⁸.

2. El recurso de José Edilson Espitia Espitia y otros

A su turno, el apoderado de los demandantes en el expediente 2004-02257 formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en el cual solicitó que la condena impuesta a las entidades accionadas y a favor del señor José Edilson Espitia Espitia, fuera reconocida de manera integral y más allá de los parámetros propuestos.

¹⁶ Folios 295 – 303 del cuaderno 2 de primera instancia.

¹⁷ Folios 305 - 331 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁸ Folios 365 - 367 del cuaderno de segunda instancia

Así pues, solicitó que se reconociera la indemnización por concepto de daño emergente, toda vez que dicho perjuicio se encontraba probado con el testimonio del señor José Armando Quiñones, quien informó que el señor Espitia le adeudaba \$50.000.000 por concepto de gastos de abogado.

Manifestó que la tasación de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante basada en el salario mínimo legal mensual vigente, distaba del valor real que devengaba el demandante como comerciante de esmeraldas y vehículos e inmuebles.

De otra parte, solicitó que se efectuara un pronunciamiento acerca del reconocimiento, pago y cotización al Sistema de Seguridad Social para efectos pensionales, por el tiempo en que permaneció privado de la libertad, así como sobre la pretensión encaminada a que el Gobierno Nacional le pidiera perdón a él y a su núcleo familiar¹⁹.

3. El recurso de la Fiscalía General de la Nación

De manera oportuna, la Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia, para solicitar su revocatoria y para que, en su lugar, se denegaran las pretensiones de la demanda.

Aseveró que la medida de aseguramiento dictada contra los señores José Edilson Espitia Espitia y Elber Alfonso Medina fue proferida con el cumplimiento de las normas procesales establecidas para ello, puesto que existían indicios graves en su contra, motivo por el cual no se incurrió en falla del servicio y, por lo tanto, no podía endilgársele responsabilidad alguna²⁰.

4. El recurso de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial presentó oportunamente escrito de apelación adhesiva, dentro del cual presentó sus argumentos dirigidos a que se revoque la sentencia de primera instancia, comoquiera que, a su juicio, no se encuentra probada la responsabilidad del Estado.

Afirmó que coincidía con la defensa de la Fiscalía General de la Nación en cuanto a que los hechos e indicios por los cuales fueron vinculados los hoy demandantes al

¹⁹ Folios 344 - 346, 371 - 391 del cuaderno de segunda instancia.

²⁰ Folios 347 - 349 del cuaderno de segunda instancia.

proceso penal, permitieron en su momento desplegar las actividades jurisdiccionales correspondientes en las diferentes etapas *-instrucción y juzgamiento-*.

De otra parte, solicitó que se desestimaran las pruebas allegadas en copia simple, las cuales fueron valoradas por el *a quo* para acreditar la legitimación en la causa por activa de May Donoban Espitia Pineda, José Álvaro Espitia, Custodia Espitia y Ligia Espitia²¹.

5. El trámite de segunda instancia

Los recursos formulados en los términos expuestos fueron admitidos a través de proveído de 22 de febrero de 2011²². Posteriormente, mediante auto del 11 de mayo del mismo año, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo²³.

En esta oportunidad procesal el apoderado de Elber Alfonso Medina reiteró los argumentos planteados en el recurso de alzada, para solicitar que se tasaran los perjuicios materiales con base en el salario mínimo legal mensual vigente, y que los perjuicios morales se tasaran en un monto equivalente a 100 SMLMV²⁴.

La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial ratificó las razones de su defensa, afirmó la inexistencia de los requisitos para impartir condena en contra de esa entidad, comoquiera que dentro del proceso se demostró la licitud de las decisiones judiciales²⁵.

La Fiscalía General de la Nación señaló que existía un eximente de responsabilidad consistente en el *“hecho exclusivo y determinante de un tercero”*, toda vez que se limitó a cumplir con el deber constitucional de adelantar las respectivas investigaciones ante la ocurrencia de los hechos que motivaron la iniciación del proceso penal; afirmó que la pérdida de la libertad de los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia, obedeció a razones jurídicamente atendibles en ese momento determinado, en consecuencia solicitó denegar las súplicas de la demanda²⁶.

²¹ Folios 355 - 360 del cuaderno de segunda instancia.

²² Folio 396 del cuaderno de segunda instancia.

²³ Folio 412 del cuaderno de segunda instancia.

²⁴ Folios 413 - 415 del cuaderno de segunda instancia.

²⁵ Folios 399 - 402 del cuaderno de segunda instancia.

²⁶ Folios 418 - 439 del cuaderno de segunda instancia.

El apoderado de José Edilson Espitia Espitia y el Ministerio Público guardaron silencio²⁷.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente desde el punto de vista funcional para conocer del asunto, en razón de los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de junio de 2010, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación²⁸.

2. Ejercicio oportuno de la acción

En concordancia con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984²⁹, en los casos en los cuales se ejerce la acción de reparación directa con fundamento en la privación injusta de la libertad, el término de caducidad de dos (2) años se cuenta desde el momento en el cual el sindicato recupera la libertad y/o la providencia absolutoria queda ejecutoriada *-lo último que ocurra*³⁰.

En el sub examine, la responsabilidad patrimonial que se impetra en la demanda, se origina en los daños eventualmente sufridos por los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia con ocasión de la privación de la libertad, supuestamente ocurrida entre el **26 de agosto de 1993** y el **4 de abril de 2003**, fecha en la cual se profirió la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia a través de la cual

²⁷ Folio 394 del cuaderno de segunda instancia.

²⁸ La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad, y fijó la competencia funcional para conocer de tales asuntos en primera instancia, en cabeza de los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, en el Consejo de Estado, sin que sea relevante consideración alguna relacionada con la cuantía. Para tal efecto puede consultarse el auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de septiembre de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 11001-03-26-000-2008-00009-00, actor: Luz Elena Muñoz y otros.

²⁹ Normatividad aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: *“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”*

³⁰ Al respecto consultar, por ejemplo, Sentencia del 14 de febrero de 2002. Exp: 13.622. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Dicho criterio ha sido reiterado por la Subsección en sentencia de 11 de agosto de 2011, Exp: 21801, así como por la Sección en auto de 19 de julio de 2010, Radicación 25000-23-26-000-2009-00236-01(37410), Consejero Ponente (E): Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

se absolvió de los cargos imputados a los hoy demandantes³¹, providencia que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época³² -Ley 600 de 2000-, quedó en firme el **25 de abril de 2003**, por lo que se concluye que las demandas acumuladas fueron interpuestas oportunamente, toda vez que su radicación se efectuó el 20 de agosto de 2004, vale decir dentro del término de dos años dispuesto en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984.

3. El objeto del recurso de apelación

Previo a abordar el análisis de fondo resulta necesario señalar que los recursos de apelación interpuestos por la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación están encaminados a que se revoque la sentencia de primera instancia, discutiendo en concreto que la privación de la libertad que sufrieron los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia no constituía un daño antijurídico que les fuera imputable, ya que consideran que no se encuentra probada una falla en el servicio.

De otra parte, la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial solicitó que se desestimen las pruebas allegadas en copia simple, las cuales fueron valoradas por el *a quo* para acreditar la legitimación en la causa por activa de May Donoban Espitia Pineda, José Álvaro Espitia, Custodia Espitia y Ligia Espitia.

En lo atinente a los recursos de apelación formulados por los accionantes, se tiene que discurren, en síntesis, sobre la tasación de las indemnizaciones reconocidas por el *a quo*, en punto a que sean incrementadas.

Lo anterior obliga a destacar que los recursos que promueven las partes demandada y demandante se encuentran limitados a los aspectos indicados, por lo que la Sala, en su condición de juez de la segunda instancia, se circunscribirá al estudio de los motivos de inconformidad planteados en los mencionados recursos de apelación.

4. Lo probado en el proceso

³¹ Sobre la contabilización del término de ejecutoria en el presente caso debe tenerse presente que: i) el edicto se fijó en la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia durante los días 11, 21 y 22 de abril de 2003; ii) que la mencionada providencia adquirió firmeza el día 25 de abril de 2003 (Artículo 187 del Código de Procedimiento Penal –Ley 600 de 2000-).

³² **“Artículo 187. Ejecutoria de las providencias. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes. La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente. Las providencias interlocutorias proferidas en audiencia o diligencia quedan ejecutoriadas al finalizar ésta, salvo que se hayan interpuesto recursos. Si la audiencia o diligencia se realizare en varias sesiones, la ejecutoria se producirá al término de la última sesión”.**

En atención al material probatorio obrante en el expediente, recaudado oportunamente y con el lleno de los requisitos legales, se tienen debidamente demostrados en el proceso los siguientes hechos:

❖ Que los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia, fueron vinculados a una investigación penal que se inició el 17 de agosto de 1993³³, por el delito de *homicidio* en la persona del agente de la Policía Abraham Noguera Rodríguez, el cual ocurrió el 16 de agosto de 1993 en el sitio “*Tres Esquinas*”, ubicado en la vía que conduce del municipio de Chiquinquirá a Tinjacá.

❖ Que en el marco del mencionado proceso penal, los ciudadanos Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia fueron privados de la libertad el día 26 de agosto de 1993, tal como se acredita con las boletas de encarcelación Nos. 775 y 776 que obran en el expediente³⁴.

❖ Que mediante Resolución de 9 de septiembre de 1993 la Dirección Regional de Fiscalías – Unidad Especial de Terrorismo decretó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia, como presuntos responsables del homicidio del agente de la Policía Abraham Noguera Rodríguez³⁵.

❖ Que el 18 de agosto de 1994, la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Regional – Unidad Especializada de Terrorismo, profirió resolución de acusación en contra de los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia por el delito de homicidio³⁶.

❖ Que el 22 de junio de 1995 el Juzgado Regional de Santafé de Bogotá profirió sentencia absolutoria por los cargos imputados a los ciudadanos Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia³⁷ y dispuso que recobrarían la libertad **de manera incondicional** una vez se encontrara en firme la providencia, además de ordenar la remisión del fallo para que se surtiera el trámite del grado de consulta ante el Tribunal Nacional.

❖ Que a través de providencia de 23 de octubre de 1995, proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Nacional, se revocó la sentencia de primera instancia, y se condenó a los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia a la pena principal

³³ Resolución de apertura de instrucción obrante a folio 228 del cuaderno 1 de primera instancia.

³⁴ Folios 264 y 264 vto. del cuaderno 5 de primera instancia.

³⁵ Folios 297 - 307 del cuaderno 1 de primera instancia.

³⁶ Folios 558 - 566 del cuaderno 1 de primera instancia.

³⁷ Folios 486 vto. a 495 del cuaderno 5 de primera instancia.

de 21 años de prisión, por ser hallados cómplices responsables del delito de homicidio³⁸. Así mismo, se les denegó el beneficio del subrogado penal previsto en el artículo 68 del Código Penal y se precisó que se tendría en cuenta como parte de pena cumplida el tiempo que habían permanecido en detención física por razón del proceso.

❖ Que el 22 y 23 de noviembre de 1995, los defensores de los señores Elber Alfonso Medina³⁹ y José Edilson Espitia Espitia⁴⁰ formularon recurso extraordinario de casación en contra del fallo condenatorio.

❖ Que el 9 de septiembre de 2001 el señor José Edilson Espitia Espitia solicitó a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se le concediera la libertad condicional⁴¹.

❖ Que el 3 de octubre de 2001 el defensor del señor Elber Alfonso Medina solicitó a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se le concediera la libertad provisional y redosificación de la pena⁴².

❖ Que el 11 de octubre de 2001, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja resolvió denegar las solicitudes formuladas por los procesados, relativas a la redosificación de la pena y libertad, por considerar que eran improcedentes, pues solo se podía resolver sobre el particular a partir de la ejecutoria del fallo contentivo de la condena, el cual se encontraba surtiendo el trámite de casación ante la Corte Suprema de Justicia⁴³.

❖ Que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió sentencia de Casación el 4 de abril de 2003⁴⁴, mediante la cual absolvió a los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia de los cargos endilgados en relación con la muerte del agente de Policía Abraham Noguera Rodríguez. La referida providencia se edificó sobre los siguientes argumentos (se transcribe en forma literal):

“Medina y Espitia fueron acusados y condenados como cómplices, porque dolosamente no impidieron el resultado, producto de la conducta desplegada por el señor Buitrago Barreto, conocido como el “Ñatas”. Dicho de otra manera, son responsables – como sale de la acusación y de la sentencia de segunda instancia- porque, pudiendo hacerlo, no impidieron al autor activar su arma. Se trata, entonces, de una participación a través de la omisión.

³⁸ Folios 520 vto. a 543 vto. del cuaderno 5 de primera instancia.

³⁹ Folio 546 del cuaderno 5 de primera instancia.

⁴⁰ Folio 547 del cuaderno 5 de primera instancia.

⁴¹ Folio 310 vto. del cuaderno 4 de primera instancia.

⁴² folios 222 vto. y 223 vto. del cuaderno 4 de primera instancia.

⁴³ Folios 319 vto. - 321 vto. del cuaderno 4 de primera instancia.

⁴⁴ Folios 338 - 378 del cuaderno 3 de primera instancia.

En cuanto a la primera exigencia, Medina y Espitia no tenían posición de garante específicamente de cara a la protección de la vida y de la incolumidad personal del agente de la policía. Por ninguna razón legal tenían el deber de impedir el resultado lesivo: no se los imponía la Constitución, la ley, ningún convenio, ni les compelió el deber de custodiar o vigilar una fuente de riesgo que pudiera conducir a la amenaza del bien jurídico vida del agente caído.

*Si nada les obligaba jurídicamente a impedir el resultado lesivo, no se les podía imputar complicidad por omisión. **Por tanto, su comportamiento fue atípico.***

*Y esto es suficiente para concluir la necesidad de casar la sentencia, porque **ante una conducta atípica**, el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 24 y 324 del Código Penal de 1980, a la vez que dejó de aplicar el artículo 21 del mismo estatuto, es decir, porque violó directamente la ley sustancial, con grave atentado de las garantías fundamentales de los procesados” (Se destaca).*

❖ Que el señor Elber Alfonso Medina para el año 1993, época en que fue privado de la libertad, se encontraba laborando como conductor de la empresa Taxi Furatena S.A., tal como se encuentra acreditado con la certificación suscrita por el representante legal de la mencionada empresa⁴⁵.

Ahora bien, valorado en conjunto el material probatorio que antecede, ha de decirse que se encuentra suficientemente acreditado en el presente caso que los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia fueron procesados penalmente y, como consecuencia de ello, privados de su libertad por disposición de la Fiscalía General de la Nación entre el 26 agosto de 1993 y el 4 de abril de 2003, fecha en la cual la Corte Suprema de Justicia resolvió a favor de los procesados el recurso extraordinario de casación por ellos formulado, por considerar que la conducta imputada era atípica.

En tales condiciones, es evidente que la privación de la libertad de los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia configuró un verdadero daño antijurídico, toda vez que no se hallaban en la obligación legal de soportar la limitación a su libertad impuesta en razón de las decisiones adoptadas por la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación⁴⁶, mucho menos cuando dicha detención se dio en el marco de una investigación adelantada por una conducta que, a la postre, se determinó que era atípica, todo lo cual comprometió la responsabilidad del Estado, en aplicación de lo previsto en el artículo 90 de la Carta Política.

⁴⁵ Folio 475 del cuaderno 3 de primera instancia.

⁴⁶ En este sentido debe recordarse que la Fiscalía General de la Nación le impuso a los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia, medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. Así mismo que, si bien el Juzgado Regional de Bogotá absolvió en primera instancia a los imputados, lo cierto es, que en segunda instancia el Tribunal Superior revocó la decisión y, en su lugar, decidió condenarlos a la pena principal de 21 años de prisión, por ser hallados cómplices responsables del delito de homicidio, situación que sólo se resolvió hasta que la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal decidió el recurso de casación y absolvió a los procesados.

Además, resulta desde todo punto de vista desproporcionado pretender que se le pueda exigir a los ahora demandantes que asuman en forma inerte y como si se tratase de una carga pública, que todos los coasociados debieran asumir en condiciones de igualdad, una privación de sus derechos a la libertad en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado.

Así pues, las circunstancias descritas evidencian que los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia fueron objeto de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por haber sido sindicados del delito de homicidio en calidad de cómplices; y a su vez, condenados por el Tribunal Nacional a pena privativa de la libertad por el término de 21 años, sin embargo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, después de estudiar el recurso extraordinario de casación impetrado por los accionantes⁴⁷, casó la sentencia por determinar que el comportamiento de los hoy demandantes no se adecuaba a ningún tipo penal, afectando así las garantías fundamentales de los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia.

En consecuencia, concluyó que la conducta por la cual se les investigó era atípica, puesto que no constituía delito, luego entonces no es posible considerar que los hoy actores hubieren estado en la obligación de soportar las consecuencias de la medida cautelar restrictiva de su libertad en los términos en que en ese entonces les impuso la justicia penal.

Sobre el particular, debe decirse que en casos como este no corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, extremos que se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, pues unas decisiones de la Administración de Justicia, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, determinaron que los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia debían padecer la limitación de la libertad hasta que se les absolvió de responsabilidad penal; en cambio, a la parte demandada le correspondía demostrar, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se había dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiera entenderse configurada una causal de

⁴⁷ En el estudio del recurso extraordinario, la Corte Suprema de Justicia determinó que *“Desde el punto de vista de las acusaciones que hacen los apoderados del fallo, entonces, es imposible pensar en que prospere el recurso de casación”* (Folio 362 del cuaderno 3 de primera instancia) sin embargo, la Sala de Casación Penal, oficiosamente, procedió a casar la sentencia en aplicación del artículo 216 de Estatuto Procesal del 2000: *“En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas a las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Pero tratándose de la causal prevista en el numeral tercero del artículo 220, la Corte deberá declararla de oficio. Igualmente podrá casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma atenta contra las garantías fundamentales”*.

exoneración, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima y ocurre que ninguna de estas eximentes ha sido acreditada en el plenario⁴⁸.

De cara a los anteriores es necesario precisar que, si bien en los hechos de la demanda se manifestó que el señor Elber Alfonso Medina se presentó voluntariamente ante la autoridad policial de Chiquinquirá para declarar los hechos relacionados con la investigación penal aquí analizada, no es dable considerar que por dicha circunstancia se configure algún eximente de responsabilidad, como lo es la culpa exclusiva y determinante de la víctima, toda vez que en el presente caso no es posible calificar la conducta voluntaria del actor como aquella que dio origen a la imposición de la medida de aseguramiento y a su posterior acusación, pues el solo hecho de comparecer ante las autoridades competentes a declarar sobre los sucesos ocurridos, por sí sola, no es prueba ni presupuesto de responsabilidad penal.

No obstante lo dicho, independientemente de que el sindicato estuvo presente en la causa, el ente investigador conservaba la competencia de recaudar todos los medios probatorios para fundamentar una posible medida de aseguramiento y una eventual acusación⁴⁹, por lo que la presentación voluntaria del señor Elber Alfonso Medina, debe concebirse como el cumplimiento al deber de colaboración con la Administración de Justicia y, no como una conducta o hecho ilícito desplegado por el ahora demandante para dar lugar a la investigación penal que se adelantó en su contra y por la cual se le privó de su derecho a la libertad.

Así, la motivación de la investigación penal no se encuentra acreditada como producto de un proceder negligente, imprudente o intencional de parte del demandante para que se le atribuyera el hecho punible y menos a la medida de aseguramiento que se adoptó en su contra.

Resalta la Sala que la privación de la libertad de los accionantes no se produjo entonces como consecuencia de un hecho que fuere atribuible a los sindicatos, pues no se acreditó en este asunto causa alguna que permita establecer que la decisión se hubiere adoptado con fundamento en una actuación directa y exclusiva de aquéllos.

Ahora bien, en cuanto hace a los argumentos de la Nación – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en el recurso de alzada encaminados a que se desestimen las

⁴⁸ Al respecto ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, Exp. 17.517 y del 15 de abril de 2010, Exp. 18.284, entre otras.

⁴⁹ Así lo señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 26 de junio de 2014, expediente 38023.

pruebas allegadas en copia simple para acreditar la legitimación en la causa por activa respecto de May Donoban Espitia Pineda, José Álvaro Espitia Espitia, Custodia Espitia Espitia y Ligia Espitia Espitia, es necesario precisar que tales medios de convicción que reposan en el plenario serán apreciados a la luz del pronunciamiento de la Sala Plena de la Sección Tercera, en el cual se unificó la posición jurisprudencial sobre la valoración probatoria de esta clase de documentos, cuando han obrado en el plenario a lo largo del proceso⁵⁰.

En consecuencia se tiene que obran los registros civiles de nacimiento de May Donoban Espitia Pineda⁵¹, Ligia Espitia Espitia⁵², José Álvaro Espitia Espitia⁵³, Indira Espitia Espitia⁵⁴, Nidia Espitia Espitia⁵⁵, Dora María Espitia Espitia⁵⁶, sin embargo, en el expediente no reposa el registro civil de nacimiento del señor José Edilson Espitia Espitia, lo que no permite constatar su parentesco con los demandantes que invocan su condición de hermanos del afectado directo, por lo que, contrario a lo señalado por el Tribunal, no se encuentra demostrada la legitimación en la causa por activa de estos últimos en virtud del parentesco y tampoco obra en el expediente ningún medio de convicción que permita inferir que hayan resultado damnificados con ocasión del daño sufrido por el señor José Edilson Espitia Espitia, circunstancia que impone revocar las indemnizaciones a ellos otorgadas por el Tribunal *a quo*.

De otra parte se advierte que, junto con el recurso de apelación, se allegó copia auténtica de los registros civiles de nacimiento de Yaneth, Dora María José Álvaro e Indira Espitia Espitia, sin embargo, mediante auto de 31 de marzo de 2011⁵⁷, se resolvió no tener como prueba los mencionados documentos, comoquiera que se aportaron por fuera de la oportunidad procesal pertinente para ello.

6. Sobre la indemnización reconocida por concepto de perjuicios morales

Ahora bien, se recuerda, que en el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primer grado, los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia solicitaron que fuera ajustada la indemnización reconocida por concepto de perjuicios morales, al estimar que la condena impuesta no guardaba relación con el tiempo en que estuvieron privados de la libertad.

⁵⁰ Sentencia de 28 de agosto de 2013, expediente 25022.

⁵¹ Folio 59 del cuaderno 2 de primera instancia.

⁵² Folios 60 del cuaderno 2 de primera instancia.

⁵³ Folio 61 del cuaderno 2 de primera instancia.

⁵⁴ Folios 62 del cuaderno 2 de primera instancia.

⁵⁵ Folio 63 del cuaderno 2 de primera instancia.

⁵⁶ Folio 64 del cuaderno 2 de primera instancia.

⁵⁷ Folios 403 y 404 del cuaderno de segunda instancia.

Así mismo, el apoderado de José Edilson Espitia Espitia señaló que la indemnización por “*daño moral objetivado y subjetivado*” no fue considerada de manera separada, sino que la tasación de estos perjuicios se efectuó en un solo concepto basado en los máximos establecidos en la jurisprudencia y que, aquella limitante desconoce el principio de reparación integral.

Al respecto la Sala recuerda que esta misma Subsección en sentencia de 11 de agosto de 2011⁵⁸ se señaló que la abandonada clasificación de indemnización por perjuicio moral objetivado y subjetivado tuvo su origen en los fallos de la H. Corte Suprema de Justicia, proferidos a partir de la década de 1940, reconociendo la doctrina nacional que la sentencia que fijó inicialmente este criterio estableció dos modalidades para diferenciar entre perjuicios morales subjetivos y objetivados⁵⁹.

Así los diferenció la Corte⁶⁰:

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

Esta distinción partía de considerar que la lesión a un bien extrapatrimonial podía traer perjuicios materiales y viceversa, por lo que la Corte Suprema estimó posteriormente que: *“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 o por su inhibición para el trabajo; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas”*⁶¹, por lo que, en consecuencia, las repercusiones objetivas del daño moral habían de indemnizarse con aplicación de las normas que regulaban la fijación y resarcimiento del perjuicio material⁶².

⁵⁸ Expediente 21801.

⁵⁹ En tal sentido puede consultarse los siguientes autores: JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, Legis. págs. 531-540; y LOPEZ MORALES JAIRÓ. *Perjuicios morales*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1997, págs. 21 -23.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1941 junio 20 G.J.T. LI, Nos. 1971-1972.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1941 junio 20 G.J.T. LI, Nos. 1971-1972. En igual sentido la Corte se había manifestado desde 1937: *“Ante todo es de observarse que, en la mayor parte de los casos, el perjuicio moral causa un daño patrimonial: por ejemplo, el ataque a la probidad de un comerciante puede ocasionar la ruina de su negocio.”* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1937 septiembre 28 G.J.T. XLV, No. 1929, págs. 758-763.

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1941 junio 20 G.J.T. LI, Nos. 1971-1972.

Así pues, ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación que la indemnización por perjuicio moral que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico, tiene una función básicamente satisfactoria⁶³ y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta los criterios generales contemplados por la Sala Plena de la Sección Tercera, en la sentencia de unificación jurisprudencial sobre la indemnización de perjuicios morales derivados de la privación injusta, proferida el 28 de agosto de 2014⁶⁴, a través de la cual no se maneja un criterio diferenciador en la indemnización por concepto de perjuicios morales *-objetivado y subjetivado-*, pero sí de los perjuicios inmateriales, así:

“La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento”⁶⁵.

En consecuencia, en la mencionada sentencia de unificación la Sala sugirió que la indemnización por perjuicio moral, para los casos en que la privación de la libertad en centro carcelario sea superior a 18 meses, se reconozca en la suma equivalente a 100 SMLMV; cuando esta privación supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMLMV; si superó los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMLMV; por su parte, si la reclusión fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70

⁶³ En tratándose del perjuicio o daño moral por la muerte o las lesiones de un ser querido, la indemnización tiene un carácter satisfactorio, toda vez que *-por regla general-* no es posible realizar una restitución *in natura*, por lo que es procedente señalar una medida de satisfacción de reemplazo, consistente en una indemnización por equivalencia dineraria. Al respecto puede consultarse el criterio doctrinal expuesto por el Dr. RENATO SCOGNAMIGLIO, en su obra *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual*. Traducción de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Edit. Antares, 1962, pág. 46.

⁶⁴ Al respecto consultar la sentencia de unificación de la Sección Tercera proferida el veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014) Radicación número: 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149).

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto del 2014, expediente: 32988, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

SMLMV; de igual forma, en tanto la privación sea superior a 3 meses pero no sea mayor a 6 meses, el valor por concepto de este perjuicios correspondería a 50 SMLMV; asimismo si a medida de aseguramiento supera un mes, pero resulta inferior a 3 meses, se sugiere el reconocimiento de 35 SMLMV; finalmente si la detención no supera el mes, la indemnización se tasa en equivalente a 15 SMLMV, todo ello para la víctima directa y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados.

De otra parte, es necesario resaltar que el Tribunal *a quo* señaló que el período de privación de la libertad de los demandantes corresponde a 7 años, 3 meses y 26 días, sin embargo, no encuentra la Sala sustento probatorio que soporte tal afirmación, pues lo acreditado en el expediente permite concluir que los actores fueron detenidos el 26 de agosto de 1993 y que vinieron a recuperar su libertad el 25 de abril de 2003, con ocasión de la sentencia absolutoria dictada en sede de casación a su favor. A pesar de lo expuesto, se tiene que la inconformidad planteada en los recursos de apelación no tiene relación con este aspecto, por lo que se tendrá como parámetro temporal en punto a la fijación de la indemnización solicitada el lapso indicado en la sentencia de primera instancia, el cual, valga decirlo, no conlleva ninguna diferencia en la tasación a la luz del criterio unificado de la Sección, por lo que forzoso viene a ser modificar el fallo apelado y, en consecuencia, indemnizarles a título de perjuicios morales en el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En relación con la indemnización pedida a favor María Custodia Espitia y José Álvaro Espitia en calidad de padres del señor José Edilson Espitia Espita, resulta necesario advertir que no se acreditó tal parentesco comoquiera que no se allegó el registro civil de nacimiento de la víctima directa, sin embargo, se observó que obra dentro del expediente prueba de su afectación moral⁶⁶, por lo que para efectos de reconocer una indemnización por concepto de perjuicios morales, se les tendrá acreditada su calidad de *terceros damnificados*, en consecuencia se les otorgará, el valor equivalente a 15 SMLMV para cada uno.

Ahora bien, respecto de la indemnización a favor del menor May Donoban Espitia Pineda en calidad de hijo del señor José Edilson Espitia Espitia, es necesario precisar, que su parentesco se encuentra acreditado con el registro civil de nacimiento del

⁶⁶ En este sentido el testigo José Ramiro Orjuela manifestó en su declaración lo siguiente: "PREGUNTADO: Diga si conoce que JOSÉ EDILSON ESPITIA haya sido privado de la libertad, en qué época, y de qué manera afectó a su familia CONTESTADO: Si fui testigo que lo detuvieron, que fue detenido en el año 1993, perdió el ritmo de vida, todos los negocios y los más importante perdió su familia a la esposa y al hijo. PREGUNTADO: Como se llamaba la Esposa del niño y los parientes cercanos de su familia CONTESTADO: Rubiela Pineda la esposa y el niño MAY, la familia dependía del él que son la señora MARIA ESPITIA que es la madre, el señor ALVARO ESPITIA que es el padre y las hermanas y el hermano", visible a folio 148 vto. del cuaderno 2 de primera instancia.

menor, sin embargo, a pesar de que en la demanda se dijo que el señor José Edilson Espitia Espitia actuaba en nombre propio y en representación de su menor hijo May Donoban Espitia, en el escrito de poder no se advirtió sobre tal circunstancia.

Al respecto se advierte que, si bien la jurisprudencia de la Sala ha considerado que la ausencia de poder para actuar en un proceso configura la causal de nulidad prevista en el artículo 140, numeral 7° del Código de Procedimiento Civil, consistente en la indebida representación por carencia total de poder, también ha dicho que dicha causal puede ser saneada, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1° y 4° del artículo 144 del mismo Código⁶⁷.

En efecto, esta Subsección, en sentencia de 25 de marzo de 2015⁶⁸, señaló:

“La Sala⁶⁹ ha considerado que la ausencia de este requisito –poder para actuar– constituye la causal de nulidad prevista en el artículo 140, numeral 7 del C. de P. C., consistente en la indebida representación por carencia total de poder, sin embargo, también ha dicho que dicha causal es saneable, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1° y 4° del artículo 144 ibídem.

“En efecto, el primero de los numerales referidos indica que el saneamiento opera cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente y debe considerarse, con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 143 del mismo estatuto, que la disposición no se refiere exclusivamente a la persona o parte indebidamente representada, sino también a la parte contraria, que puede ver afectado su derecho de defensa cuando aquélla actúa por intermedio de una persona que carece de poder.

“En el presente caso se advierte que la parte demandada no dijo nada respecto de la ausencia de poder respecto de los actores, por manera que esta nulidad fue saneada por la pasividad al respecto de la citada entidad.

“Asimismo se observa que la nulidad por carencia total de poder también fue saneada por la parte demandante indebidamente representada, de conformidad con lo previsto en el numeral 4° de la norma en comento, dado que, a pesar del vicio, el acto procesal de representación judicial cumplió su finalidad en tanto no se violó el derecho de defensa de los actores⁷⁰.

“Así lo ha considerado la Sala frente a casos similares:

‘(...) ‘En asunto sub - lite, se advierte que la parte demandada no dijo nada respecto de ninguno de los dos eventos; guardó absoluto silencio respecto de la representación legal del menor y la capacidad procesal del mismo, lo cual pudo advertirlo dentro del término de ejecutoria del auto admisorio de la demanda porque en tal oportunidad el Juez está en la obligación de verificar los presupuestos

⁶⁷ Artículo 144 C. de P.C. La nulidad se considera saneada en los siguientes casos: “1°. Cuando la parte que debía alegarla no lo hizo oportunamente. “

(...) “4° Cuando a pesar del vicio, el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa”.

⁶⁸ Expediente: 34.276.

⁶⁹ Sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente: 16.061.

⁷⁰ Sentencia del 21 de febrero de 2002. Exp: 11.335.

procesales de la acción y ante la omisión del Juez, las partes se hallaban en la obligación de aducirlo. Igual conducta asumió respecto de la carencia total de poder de los señores Lázaro Huertas Rodríguez y Carlos Orlando Varón Cárdenas, situación que debió advertir en la misma oportunidad procesal el demandado, por tratarse de aquellas irregularidades que son susceptibles de ser alegadas como excepciones previas en el procedimiento ordinario civil a términos del numeral 5 del artículo 97 del C. de P. C.⁷¹ y al no hacerlo, la irregularidad se saneó conforme a lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 144 ibídem...^{72, 73} (subrayado del texto original).

Así las cosas, como quiera que en el presente asunto la parte demandada no se pronunció sobre la representación legal y la capacidad procesal del menor May Donoban Espitia Pineda y guardó silencio frente a su ausencia de representación, lo cual pudo advertir dentro del término de ejecutoria del auto admisorio de la demanda, la Sala considera que dicha nulidad quedó saneada y, por tanto, se le reconocerá, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 100 SMLMV.

Por último, se debe advertir que la Sala revocará el reconocimiento indemnizatorio por concepto de perjuicios morales otorgado a favor de la señora Rubiela Pineda, por cuanto, si bien fue mencionada en la demanda inicial, al efectuar la reforma del libelo no se incluyó dentro de los integrantes de la parte actora, lo cual resulta congruente con el hecho de que tampoco otorgó poder para ser representada en el presente proceso, circunstancia que permite afirmar sin ambages que la referida ciudadana no hace parte del extremo activo de la litis.

6. El daño emergente

El señor José Edilson Espitia Espitia solicitó que se le reconociera la indemnización relativa al daño emergente, estimado en la suma de \$175.000.000, con ocasión de la investigación promovida en su contra desde el 18 de agosto de 1993 por parte de la Fiscalía General de la Nación, así como la suma de \$185.000.000 en relación con los gastos incurridos con ocasión de la sentencia condenatoria de 23 de octubre de 1995 proferida por el Tribunal Nacional Sala de Decisión, valores que fueron negados por el *a quo*, en consideración a que dentro del expediente no obraban pruebas que permitieran tener por demostrado el perjuicio reclamado.

⁷¹ Art. 97. “El demandado en el proceso ordinario y en los demás que expresamente se autorice, dentro del término de traslado de la demanda podrá proponer las siguientes excepciones: (...) 5. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado (...)”.

⁷² Art. 144. “La nulidad se considerará saneada, en los siguientes casos: 1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente”.

⁷³ Sentencia 9 de marzo de 2011. Exp. 28.270

En consecuencia, el apoderado del señor Espitia Espita manifestó que los perjuicios materiales por concepto de daño emergente se encuentran probados con la declaración del señor José Armando Quiñones, quien informó que le adeudaba cincuenta millones de pesos para gastos de abogados con ocasión de los trámites judiciales afrontados por él, e indicó que el demandante se ha endeudado mucho más para los mismos propósitos, así lo manifestó el testigo (se transcribe de manera literal):

*“PREGUNTADO: Diga si conoce cual fue el resultado del proceso que se adelantó en contra del demandante. CONTESTADO: El resultado del proceso del señor Espitia es por la injusticia de la Ley, este señor perdió su familia, perdió su hogar y económicamente quedó en la ruina, siendo este señor una persona muy prestante a la sociedad, comerciante en las temas de esmeraldas y por ese problema este señor hasta el momento se ve en la ruina. Tan así que el problema moral lo llevó a tener situaciones demente a él y a muchos de su familia como el padre y madre. Ver como un hijo que tiene al perderse el hogar vive en la situación mas plegaria en la vida, cuando este señor reconocidamente por la sociedad de la región contaba económicamente con sus recursos, ya que era negociante de esmeraldas y por el problema mencionada ha quedado completamente él y su familia en difíciles situaciones económicamente hasta que tener mendigar para sustento familiar. **Inclusive a mí personalmente me adeuda mas de \$50.000.000, dinero que presté para los gastos que demandó, abogados durante todo este tiempo en la cárcel por las injusticias, eso lo que me consta**”⁷⁴ (se destaca).*

De conformidad con lo anterior, dentro del expediente no se evidencian medios de prueba que den fe de los gastos en los que incurrió el señor José Edilson Espitia Espitia con ocasión del proceso penal adelantado en su contra y su consecuente privación de la libertad, así como tampoco los gastos relacionados con su representación judicial, pues la declaración con la que el señor Espitia pretendió acreditar el daño emergente lo que pone de presente es que no pagó los dineros que le fueron prestados para tales fines, mas no que se haya destinado a cancelar los rubros por los cuales reclama indemnización.

Así pues, la sola inferencia o afirmación en la demanda acerca de la ocurrencia de un perjuicio no resulta suficiente para tenerlo como acreditado, en la medida en que es necesario e indispensable que el demandante respalde tales afirmaciones con el material probatorio suficiente para su comprobación en el proceso. Por lo tanto, ante la ausencia de elementos de juicio que acrediten la concreción de este perjuicio material, la Sala confirmará lo dispuesto por el Tribunal Administrativo en primera instancia.

7. Lucro Cesante

⁷⁴ Folios 187 – 187 vto. del cuaderno 2 de primera instancia.

En cuanto al lucro cesante, advierte la Sala que, tanto las pruebas documentales como los testimonios rendidos en el curso de la primera instancia, evidencian que el señor Elber Alfonso Medina trabajaba como conductor de un taxi en la empresa Taxi Furatena S.A.⁷⁵, y que el señor José Edilson Espitia Espitia se dedicaba al comercio de esmeraldas y a otros negocios que le permitían proveer su sustento y el de su familia y que, a raíz de su detención, sufrieron considerables pérdidas patrimoniales y la imposibilidad de recuperar la economía familiar y el prestigio comercial que habían cultivado con años de trabajo.

En relación con el reconocimiento de este perjuicio al señor Elber Alfonso Medina, se observa que el *a quo* condenó de manera genérica a las entidades demandadas al pago del perjuicio material en la modalidad de lucro cesante, aspecto que fue punto de debate en el recurso de apelación presentado por su apoderado, pues, consideró que la liquidación de esta modalidad de perjuicio patrimonial debe ser tasada conforme al salario mínimo legal mensual vigente, en razón a que por el desempeño de la actividad laboral del actor no era posible allegar al proceso soportes contables que acreditaran su nivel de ingresos, así la Subsección considera procedente realizar la liquidación de dicho perjuicio en los términos descritos por el apelante.

Ahora bien, en lo que respecta al señor José Edilson Espitia Espitia, el Tribunal de primera instancia reconoció que para el caso concreto era procedente aplicar la presunción de capacidad laboral del accionante, por lo que procedió al reconocimiento del perjuicio material en la modalidad de lucro cesante por el término que permaneció privado de su libertad, cuya tasación se elaboró basada en el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la sentencia -2010-, cuyo valor correspondió a la suma de \$45.251.333. En consecuencia, el apelante señaló que era equivocada la base de liquidación, por cuanto obran en el expediente diferentes testimonios que dan cuenta que el señor Espitia Espita devengaba un ingreso promedio entre \$6.000.000 y \$8.000.000.

Con fundamento en los argumentos expuestos, la Sala considera que el señor José Edilson Espitia Espitia ha debido acreditar con un registro contable, con la declaración de renta anterior a los hechos, o con cualquier otro medio idóneo⁷⁶, las cantidades devengadas en la época en que fue privado de la libertad. Por lo que le asiste razón a la primera instancia al aplicar la referida presunción, por cuanto está demostrado dentro

⁷⁵ Tal como se encuentra acreditado con la certificación suscrita por el Representante Legal de la mencionada empresa visible a folio 475 del cuaderno 3 de primera instancia.

⁷⁶ El Código de Comercio, especialmente en sus artículos 19 y 48, impone a los comerciantes la obligación de registrar y llevar en libros, la contabilidad de su actividad comercial.

del plenario que el señor José Edilson Espitia Espitia ejercía una actividad comercial al momento de su captura. Al respecto se tiene la declaración del señor Froilán Alberto Pineda Rincón (se transcribe de manera literal, incluso con errores):

“PREGUNTADO: Qué conocimiento tiene de los ingresos mensuales que tenía JOSÉ EDISON ESPITIA antes de ser privado de la libertad. CONTESTADO: Yo lo conocí a él en Chiquinquirá, lo conocí negociando en ganado, en esmeralda, carros, yo también negociaba en esmeralda y pues como es un negocio que no es un sueldo fijo, de pronto se podía ganar un (1) Millón, diez (10) millones en un solo negocio de esmeraldas, no tiene preciso un tope, pero es un promedio. PREGUNTADO: Como fue el desempeño de JOSÉ EDILSON ESPITIA como comerciante CONTESTADO: Fue excelente señor, él tenía su plata para negociar porque en esos años había producción de esmeraldas, era muy fácil tener acceso a comprar y vender. Él tenía éxito en el negocio”⁷⁷.

Así mismo, obra el testimonio del señor Daimer Edilfo Caro Matallana, quien adujo conocer al señor José Edilson Espitia Espitia por el desempeño de su labor como comerciantes de esmeraldas (se transcribe de manera literal, incluso con errores):

“PREGUNTADO: Que nivel de ingreso mensual tenía el demandante en sus negocios antes de ser privado de la libertad y cual el nivel de ingreso al finalizar la reclusión. CONTESTADO: Él negocio que compartimos es difícil decir el monto de ganancias pero si cuando hubo el apogeo de la esmeralda hubo negocios donde nos ganábamos CINCO (5) o DIEZ (10) millones de pesos en uno solo negocio, como a veces se podía ganar unos doscientos y trescientos mil pesos en un solo negocio, en un mes hace uno alrededor de un negocio cada dos días, después que él sale de la cárcel baja uno a la mina ya no hay igual de oportunidades”⁷⁸.

Así pues, no es posible inferir de los testimonios obrantes en el proceso las ganancias netas o el promedio de ingresos que el señor José Edilson Espitia Espitia percibía en el año 1993, dada la condición cambiante y heterogénea propia de la actividad comercial que desarrollaba, así, al no existir prueba del monto de los ingresos que percibía en el momento de su captura, la liquidación del lucro cesante se deberá hacer con fundamento en el salario mínimo legal mensual vigente, tal como lo ha establecido de manera recurrente la jurisprudencia de esta Corporación y según lo dispuso el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia de primera instancia⁷⁹.

Así las cosas, en punto a resolver la liquidación del lucro cesante en relación con los recursos de apelación presentados por los demandantes, se deberá partir del hecho de

⁷⁷ Folio 145 vto. del cuaderno 2 de primera instancia.

⁷⁸ 156 vto. del cuaderno 2 de primera instancia.

⁷⁹ Ver, entre otras, la sentencia del 9 de septiembre de 2015, Sección Tercera - Subsección A. Radicación No. 68001-23-31-000-2001-01546-01(38550). Igualmente la Sentencia de esta misma Subsección, proferida el 7 de octubre de 2015. Expediente No. 25000-23-26-000-2005-00051-01(35685).

que se encuentra probada la actividad comercial ejercida por los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia y, en consecuencia, hay lugar a aplicar la presunción según la cual toda persona que se encuentre en edad productiva devenga, por lo menos, el salario mínimo legal vigente, monto que será tenido en cuenta por la Subsección para liquidar el lucro cesante. De igual forma, en la liquidación debe agregarse el factor prestacional del 25% para determinar el ingreso base y aplicarlo al lapso durante el cual los señores Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia estuvieron privados de la libertad.

Adicionalmente, respecto de la indemnización del lucro cesante a favor del señor Elber Alfonso Medina se liquidará con base en el período de tiempo que estuvo privado de la libertad más el lapso de 8.75 meses, plazo que, según el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA⁸⁰, es el que requiere una persona económicamente activa para conseguir trabajo o acondicionarse en una actividad laboral, toda vez que se encuentra probado dentro del plenario que el señor Elber Alfonso Medina al momento de su captura se encontraba vinculado laboralmente a la empresa de Taxi Furatena S.A.

En este orden de ideas, procederá la Subsección a realizar la liquidación de dicho perjuicio de manera separada.

7.1 Indemnización del lucro cesante de José Edilson Espitia Espitia

Para determinar lo que le corresponde al señor José Edilson Espitia Espitia por concepto de lucro cesante, se actualizará el valor del salario mínimo legal mensual vigente para el año 1993.

La fórmula aplicable es la siguiente:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde:

Ra: Renta actualizada a establecer;

Rh: Renta histórica que se va a actualizar: **\$81.510**

⁸⁰ Cfr. URIBE G., José Ignacio y GÓMEZ R., Lina Maritza, «*Canales de búsqueda de empleo en el mercado laboral colombiano 2003*», en Serie Documentos Laborales y Ocupacionales, N° 3, Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, SENA-Dirección General de Empleo y Trabajo, Bogotá, junio de 2005, p. 22.

Ipc (f): Es el índice mensual de precios al consumidor final, es decir, el último conocido a la fecha en que se realiza la actualización: **132.85**

Ipc (i): Es el índice mensual de precios al consumidor inicial, es decir, el correspondiente al mes de agosto de 1993: **20.37**

Reemplazando tenemos:

$$Ra = \$81.500 \times \frac{132.85}{20.37}$$

$$\mathbf{Ra = \$531.530}$$

Dado que el salario mínimo legal mensual que rige para el año 2016 (\$689.455⁸¹) resulta superior a la anterior cifra, se tomará la última cantidad para efectos de la liquidación del lucro cesante. Adicionalmente, al mismo se agregará un 25% por concepto de prestaciones sociales lo cual arroja la suma de **\$861.819**, valor que se tomará como la base de la liquidación.

Período de privación de la libertad: 7 años, 3 meses y 26 días = **87,86 meses**.

Con estas variables será aplicada la fórmula establecida para el cálculo del lucro cesante consolidado:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$ 861.819 \frac{(1+0.004867)^{87,86} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$94'204.249}$$

Total perjuicios materiales por lucro cesante: NOVENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS M/L (\$94'204.249) para el señor José Edilson Espitia Espitia.

7.2 Indemnización lucro cesante de Elber Alfonso Medina

Se tomará como el ingreso base de liquidación el salario mínimo vigente actualmente (\$689.455), en tanto resulta más favorable que actualizar el que regía en la época de los hechos. Adicionalmente, al mismo se agregará un 25% por concepto de

⁸¹ Decreto 2552 del 30 de diciembre de 2015.

prestaciones sociales lo cual arroja la suma de \$861.819. Así mismo al período de privación de la libertad se le agregará el lapso de 8.75 meses arriba referenciado.

Período de privación de la libertad: 7 años, 3 meses y 26 días = **87,86 meses**

Período a indemnizar: 87,86 + 8,75 = **96,61**

Con estas variables será aplicada la fórmula establecida para el cálculo del lucro cesante consolidado:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$ 861.819 \frac{(1+0.004867)^{96,61} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$105'977.254$$

Total perjuicios materiales por lucro cesante: CIENTO CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS M/L (\$105'977.254) para el señor Elber Alfonso Medina.

8. Daño a bienes constitucionalmente protegidos, denominado por el actor José Edilson Espitia Espitia como “daño a la vida de relación”⁸²

En reciente pronunciamiento el Consejo de Estado precisó que la afectación o vulneración de derechos o bienes protegidos convencional o constitucionalmente, como lo son los derechos a tener una familia, al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, entre otros, cuando se trata de alteraciones que perjudican la calidad de vida de las personas *-fuera de los daños corporales o daño a la salud-*, son susceptibles de ser protegidos por vía judicial. De modo que quienes los sufren tienen derecho a su reparación integral mediante la adopción de medidas no pecuniarias a favor de la víctima y sus familiares más cercanos y, excepcionalmente, cuando dicha medida no sea procedente, al reconocimiento de una indemnización de hasta 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes exclusivamente a favor de la víctima directa⁸³.

Dichos perjuicios, como los demás, pueden acreditarse a través de cualquier medio probatorio e incluso pueden darse por demostrados en consideración a las

⁸² Consultar sentencia de 10 de septiembre de 2014. Expediente 36.798.

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 2001-00731 (26251), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

circunstancias particulares del caso, relacionadas con la afectación grave de algún derecho constitucionalmente protegido.

Así las cosas, debe entenderse entonces que la pretensión a que se refiere este acápite encuadra en lo que hoy la jurisprudencia de esta misma Sala reconoce o identifica como parte de los bienes constitucionalmente protegidos, los cuales evidentemente resultaron afectados con la medida impuesta a los ahora demandantes, razón por la cual, en el presente caso, se encuentra que dicha vulneración se concretó en punto al artículo 42 de la Constitución Política, que hace referencia al derecho a tener una familia y desarrollarse libremente dentro de ella.

En efecto, el declarante Froilán Alberto Pineda Rincón, respecto de la afectación de que fue objeto el señor José Edilson Espitia Espitia y su familia, manifestó lo siguiente (Se transcribe de manera textual):

*“Tengo conocimiento que la familia de él resultó afectada, padres, hermanas, el hijo, la esposa pues respecto que él era que respondía a la familia. Se vieron afectados psicológicamente, la mamá se enfermó, él papá también se enfermó y respecto al hogar ya cada uno se fue perdiendo la comunicación entre ellos, ella no podía estar visitarlo seguido y **creo que se vio destruido el hogar**”⁸⁴.*

A su turno, el señor Carlos Alberto Parra sostuvo que:

*“Pues era la época en que nos conocimos en la Minas de esmeralda en Quipama en los años 80, era una persona exitosa, guaqueamos, él manejaba su buen dinero. Luego yo me vine para Bogotá y yo perdí contacto con él, años más tarde me enteré que había estado preso, cuando nos volvimos a encontrar lo vi muy mal, triste, toda la familia se descompensó, me dijo que había quedado en la ruina había perdido todo. La forma que afectó la familia de Edilson la mamá la vi muy enferma y prácticamente ellos quedaron casi en quiebra por ese problema. Luego de todo ese problema **me comentó que había tenido un niño MAY DONOVAN con una señora. Y debido con ese problema él perdió el hogar con ella**”⁸⁵ (se destaca).*

Así mismo, el señor José Ramiro Orjuela, manifestó que:

*“PREGUNTADO: Diga si conoce que JOSÉ EDILSON ESPITIA haya sido privado de la libertad, en qué época, y de qué manera afectó a su familia CONTESTADO: si fui testigo que lo detuvieron, que fue detenido en el año 1993, perdió el ritmo de vida, todos los negocios y lo más importante **perdió su familia a la esposa y al hijo**. PREGUNTADO: Como se llamaba la esposa del niño y los parientes cercanos de su familia CONTESTADO: Rubiela Pineda la esposa y el niño MAY, la familia dependía de él (...)”⁸⁶.*

⁸⁴ Folio 145 del cuaderno 2 de primera instancia.

⁸⁵ Folio 147 del cuaderno 2 de primera instancia.

⁸⁶ Folio 148 vto. del cuaderno 2 de primera instancia.

Por último se tiene la declaración de Rubiela Pineda Cortés:

*“Nosotros éramos una pareja común y corriente, el cual teníamos un hogar muy bonito, una estabilidad económica muy buena (...) Cuando él cayó a la cárcel, pues la vida nos cambió a todos, primero que todo la estabilidad económica de todos era esencial porque dependíamos de él. Yo estuve después con él un año más después que cayó a la cárcel, el cual tuve que irme devolverse para Bogotá, buscar ayuda de mi familia (...) me tocó venirme para Bogotá trabajar para poder criar y educar a MAY DONOVAN ESPITIA, el cual EDILSON desde que estuvo en la cárcel no me pudo colaborar, no lo podíamos visitar debido a tantos traslados de cárcel, primero estuvo en la cárcel de Chiquinquirá, que era cuando lo podía visitar un poco más seguido, después estuvo en el Barne en Tunja, fue cuando llevaba a MAY como 2 o 3 veces estuvo allá y debido a los problemas con la familia de él, tomé la determinación de separarme de él porque él estaba también en un estado depresivo, lo angustiaba a uno con problemas personales el cual tomé la determinación de no visitarlo más (...) Después nos comunicamos para él saber del niño y me comentó que lo trasladaban para la cárcel de Ubaté el cual se la pasó nueve años o un poco más de cárcel en cárcel, pagando una condena que no debía (...) **debido a esto, perdimos el hogar a pesar de que en esa época yo era menor de edad, y perdimos las cosas económicas, los bienes y mi hijo perdió lo más importante que es el papá durante muchos años, porque él creció sin tener la educación del papá. Puedo decir de EDILSON que fue una persona muy correcta, que pudo haber sido un buen papá**”⁸⁷(Se destaca).*

Ahora bien, sin perjuicio de que la tacha de sospecha deba presentarse antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio o durante aquella, de acuerdo con lo previsto con el artículo 218 del C. de P. C., aplicable en este caso por disposición expresa del artículo 267 del C.C.A. y teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 217 del C. de P. C., según el cual son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad en razón de sus sentimientos o intereses en relación con las partes, antecedentes personales y otras causas, resulta procedente analizar la declaración de la señora Rubiela Pineda Cortés, comoquiera que se encuentra acreditado que al momento de la captura del señor José Edilson Espitia Espitia, ésta era su pareja⁸⁸ y, a su vez, está probado que ella es la madre de May Donoban Espitia Pineda⁸⁹. Al respecto, se debe recordar que en relación con la figura del testigo o declarante sospechoso, la Corporación se ha pronunciado al señalar lo siguiente:

⁸⁷ Folio 153 del cuaderno 2 de primera instancia.

⁸⁸ Circunstancia que se encuentra probada con la declaración del señor José Ramiro Orjuela, visible a folio 148 vto. del cuaderno 2 de primera instancia.

⁸⁹ El parentesco se encuentra acreditado con el registro civil de May Donoban Espitia Pineda, el cual obra a folio 59 del cuaderno 2 de primera instancia.

*“Sobre la valoración del llamado “declarante sospechoso” la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado lo siguiente: “dentro del sistema que adopta el C.P.C. para la valoración de la prueba, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de “sospechoso”, ya que ello sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio, sin embargo, las razones por las cuales un declarante puede tildarse de sospechoso (amistad, enemistad, parentesco, subordinación, etc.), deben ser miradas por el juzgador como aquellas que pueden colocar al testigo en capacidad de engañar a la justicia; pero para ello, **el juez debe hacer uso del análisis de la prueba, en su conjunto, a fin de llegar a una convicción aplicando las reglas de la sana crítica de la prueba.** Y no resulta procedente desestimar de plano un testimonio, porque el artículo 218 del C.P.C. establece como norma de conducta para el juez apreciar los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, y no desecharlos de plano. El calificar como sospechoso un testigo no implica necesariamente que este haya incurrido en un falso testimonio, pues, en la práctica, respecto de testigos que en principio puedan ser calificados sin tacha de sospecha, no puede presumir el juez que siempre dicen la verdad; su dicho, como todo medio probatorio, debe evaluarse en conexidad con todos los demás medios de prueba aportados dentro de un proceso”⁹⁰ (se destaca).*

Se evidencia entonces que, al apreciar el testimonio de la señora Rubiela Pineda Cortés se encuentra encaminado a hacer visible el perjuicio moral que sufrió el señor José Edilson Espitia Espitia y su hijo May Donoban Espitia Pineda, así como para determinar que a raíz de la privación de la libertad del hoy actor, la relación padre e hijo se vio gravemente afectada.

Así mismo, se encuentra que el relato es coherente, no se advierten contradicciones, concuerda con el dicho de otros testigos arriba citados⁹¹ y con lo aducido en la demanda, por lo que resulta creíble y, aunque se trata de una persona cercana al demandante, no sería procedente rechazar ningún punto de su declaración, pues precisamente esa condición o vínculo determinó el conocimiento directo del hecho, dado que es la madre del hijo del señor Espitia Espitia y aún más cuando ésta no tiene un interés directo en el resultado del proceso, comoquiera que ni siquiera es parte dentro del mismo.

Así las cosas, la declaración de la señora Rubiela Pineda permite encontrar e identificar el bien constitucionalmente protegido que resultó afectado con la medida impuesta al señor José Edilson Espitia Espitia, se entiende configurado el daño que en la demanda se solicitó indemnizar, razón por la cual cabe concluir que resulta procedente disponer una medida no pecuniaria para efecto de su reparación, pues, como se dijo anteriormente, la reparación de esta tipología de perjuicio se efectúa, principalmente, a

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 1 de julio de 2004, exp. 2003-01445, En el mismo sentido, sentencia de 19 de julio de 2007, exp. PI-02791

⁹¹ Declaraciones de Froilán Alberto Pineda Rincón, Carlos Alberto Parra y José Ramiro Orjuela.

través de medidas de carácter no pecuniario y, de manera excepcional, a través de la reparación económica cuando aquéllas no resulten suficientes para reparar integralmente a la víctima.

En este sentido, al observar que el derecho a la familia y a desarrollarse libremente dentro de ella se vio gravemente afectado con ocasión de la detención del señor Espitia Espitia por un lapso de 7 años, 3 meses y 26 días en virtud del proceso penal que culminó con una decisión fundada en la atipicidad de la conducta investigada, es claro que se le generó un menoscabo como parte integrante y fundamental del núcleo familiar, por lo que la Sala considera que la magnitud del perjuicio causado implica que en el presente caso una medida restaurativa no sea suficiente, de manera que, en aplicación del principio de reparación integral que pregonan el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, es dable reconocer, además de la medida no pecuniaria, una indemnización en la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del señor José Edilson Espitia Espitia⁹².

Así pues, en lo que hace a la medida no pecuniaria, se ordenará la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial que dispongan la publicación de la presente providencia en un link destacado en sus páginas web institucionales, el que permanecerá allí por un término de seis meses, además de divulgar a los medios de comunicación sobre la determinación que adoptó la justicia penal respecto de la responsabilidad de los investigados.

9. Condena en costas

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, como fuera modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

⁹² Igual criterio fue expuesto por esta Sala recientemente, en sentencias del 12 de mayo de 2016, expediente 47.570, 26 de mayo de 2016, expediente 42.223 y 30 de junio de 2016, expediente 43.381.

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo, literal a) con sus numerales 1) y 2), así como el literal b) con sus numerales 2) y 3), así como **ADICIONAR** al ordinal segundo, un numeral 4), todo ello en la parte resolutive de la sentencia recurrida, esto es la proferida el 10 de junio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en lo atinente a la indemnización de perjuicios morales y materiales en la modalidad de lucro cesante y los perjuicios causados a bienes constitucionalmente protegidos. En consecuencia, la parte resolutive quedará así:

PRIMERO: *Declárese administrativamente responsable a LA NACIÓN – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN con ocasión de la privación injusta de la libertad de que fueron objeto los señores Elder Alfonso Medina y José Edilson Espitia, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.*

SEGUNDO: *Como consecuencia de la anterior declaración condénese a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, a pagar las siguientes sumas de dinero:*

a) En expediente 2005-321

1) Para **ELBER ALFONSO MEDINA**, la suma de **CIENTO CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS M/L** (\$105'977.254) por concepto de lucro cesante.

2) A **ELBER ALFONSO MEDINA**, como víctima directa, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por concepto de perjuicios morales.

b) En el expediente 2005-17022

2) Para **JOSÉ EDILSON ESPITIA ESPITIA**, la suma de **NOVENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS M/L** (\$94'204.249) por concepto de lucro cesante.

3) POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MORALES:

- A **JOSÉ EDILSON ESPITIA ESPITIA**, como víctima directa, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.
- A **MAY DONOBAN ESPITIA PINEDA**, en calidad de hijo de José Edilson Espitia Espitia, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.
- A **MARÍA CUSTODIA ESPITIA** y **JOSÉ ÁLVARO ESPITIA**, en calidad de terceros damnificados, el equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, para cada uno de ellos.

4) POR CONCEPTO DE PERJUICIOS CAUSADOS A BIENES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS:

- A **JOSÉ EDILSON ESPITIA ESPITIA** la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.
- **ORDÉNASE** a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Fiscalía General de la Nación que, a fin de reparar el daño causado al bien constitucionalmente protegido, disponga la publicación de la presente providencia en un link destacado en su página web institucional, el que permanecerá allí por un término de seis meses, además de divulgar a los medios de comunicación sobre la determinación que adoptó la justicia penal respecto de la responsabilidad de los investigados.

SEGUNDO: CONFÍRMASE en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA