



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

Consejera ponente (E): MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 760012331000200900962 01 (50.099)

Actor: JORGE IVÁN HENAO GÓMEZ Y OTROS

Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: DAÑOS CAUSADOS POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD – Falla en el servicio por indebida valoración probatoria al momento de la imposición de medida de aseguramiento – INFORMES DE INTELIGENCIA – Carecen de valor probatorio en el proceso penal como sustento de medida de aseguramiento.

La Sala resuelve el recurso de apelación presentado por la parte actora en contra de la sentencia del 7 de marzo de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El señor Jorge Iván Henao Gómez fue privado de la libertad por disposición de la Fiscalía General de la Nación, en el marco de una investigación en la que profirió medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de aquel; posteriormente, la entidad demandada revocó dicha medida, dado que no existían pruebas que acreditaran su participación en los hechos delictivos. Como consecuencia, la víctima considera que se le produjo un daño antijurídico susceptible de reparación.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 16 de octubre de 2009¹, los señores Jorge Iván Henao Gómez, María Jovina Gómez de Henao, Dignora Sandoval Chaverra, obrando en nombre y representación de la menor Katherine Henao Sandoval, Orlando de Jesús Henao, Luz Marina Henao Gómez, Guillermo León Henao Gómez y Gerardo Antonio Henao Gómez, por medio de apoderado judicial², presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se le declarara patrimonialmente responsable por los perjuicios a ellos irrogados, con ocasión de la privación de la libertad del señor Jorge Iván Henao Gómez.

Como indemnización de perjuicios morales, los demandantes solicitaron el pago de 100 SMLMV para el señor Jorge Iván Henao Gómez, la menor Katherine

¹ Folios 284 a 297 del cuaderno 1.

² Según los poderes obrantes a folios 1 a 7 del cuaderno 1.

Henao Sandoval y la señora María Jovina Gómez de Henao; la suma de 80 SMMLV para cada uno de los demás demandantes.

Por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, solicitaron el pago de \$11'520.000, a favor del señor Jorge Iván Henao Gómez y, en la modalidad de daño emergente, \$20'000.000 a favor de ese mismo demandante, derivados de los honorarios profesionales de la abogada que se encargó de su defensa dentro del proceso penal³.

2. Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda se narró, en síntesis, que la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados N° 13 de la ciudad de Cali, con base en el informe N° 264 de Policía Judicial, inició una indagación preliminar por los delitos de concierto para delinquir, falsedad ideológica en documento público, obtención de documento público falso, falsedad en documento privado, uso de documento falso, falsedad personal y tráfico de migrantes agravado.

En las interceptaciones telefónicas ordenadas durante la investigación se mencionó en varias ocasiones al señor Jorge Iván Henao Gómez, quien era propietario de un negocio de fotografía y realizaba trámites de consignación para obtención de pasaportes.

El 8 de mayo de 2007 se realizó un allanamiento en su negocio *“Fotos Katherine”*, diligencia que fue realizada *“sin previa orden y en la cual fue detenido en forma arbitraria y sin la debida orden de captura”*. En esta primera

³ Folios 285 a 286 del cuaderno 1.

captura estuvo detenido en las instalaciones del Departamento Administrativo de Seguridad DAS en la ciudad de Cali durante 15 días.

Posteriormente, el 21 de mayo de 2007, el Fiscal de conocimiento dictó orden de captura contra el señor Jorge Iván Henao Gómez por los delitos de concierto para delinquir y tráfico de migrantes, con circunstancias de agravación punitiva, y fue enviado al centro penitenciario y carcelario “*Villa Hermosa*” de Cali.

Mediante resolución del 21 de noviembre de 2007, la Fiscalía 13 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados revocó la medida de detención preventiva del señor Jorge Iván Henao Gómez y, el 30 de abril de 2008, precluyó la investigación a su favor, decisión que fue confirmada el 29 de agosto de 2008 por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Cali.

Por último, afirmó la demanda que la privación de la libertad por 6 meses y 21 días del señor Henao Gómez generó graves perjuicios a los demandantes, los cuales debían indemnizarse por la demandada⁴.

3. Trámite de primera instancia

⁴ Folios 284 a 297 del cuaderno 1.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda mediante providencia del 2 de diciembre de 2009⁵, decisión que se le notificó en debida forma al Ministerio Público y a las partes⁶.

3.1. Contestación de la demanda

La Fiscalía General de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda, para tal efecto, indicó que actuó en cumplimiento de la función que le fue asignada por el artículo 250 Constitucional, sin que se probara una actuación irregular que le resultara imputable, en consideración a que las decisiones proferidas dentro del proceso penal se sustentaron en la normativa aplicable y en las pruebas recaudadas en el expediente.

Agregó que, en todo caso, se configuró la excepción de culpa exclusiva de la víctima debido a que el demandante no presentó ninguno de los recursos ordinarios contra la medida de aseguramiento, ocasionando así que su reclusión se prolongara.

3.2. Etapa probatoria

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, a través de providencia del 17 de junio de 2010, decretó las pruebas solicitadas⁷.

3.3. Alegatos de conclusión

⁵ Folio 300 a 301 del cuaderno 1.

⁶ Folios 301 y 304 del cuaderno 1.

⁷ Folios 331 a 332 del cuaderno 1.

Vencido el período probatorio, por auto de 15 de noviembre de 2012 el *a quo* corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto⁸.

3.3.1. La parte actora reiteró los argumentos que expuso en la demanda e insistió en que la privación de la libertad del señor Jorge Iván Henao Gómez fue injusta, debido a que la entidad demandada no contaba con el material probatorio suficiente para dictar orden de captura contra el demandante, incurriendo así en un error jurisdiccional, razón por la cual el Estado debía responder patrimonialmente por el daño antijurídico que les había causado a los demandantes⁹.

3.3.2. En su concepto, el Ministerio Público manifestó que debía accederse a las pretensiones de la demanda, por considerar que se configuró una privación injusta de la libertad en perjuicio del señor Henao Gómez, toda vez que *“la administración de justicia falló en su obligación de desplegar los esfuerzos probatorios en aras de verificar la realidad respecto de los actos delictivos endilgados”*, todo lo cual constituía un daño antijurídico que el demandante no estaba en la obligación de soportar y que, por ello, debía ser indemnizado¹⁰.

3.3.3. La Fiscalía General de la Nación guardó silencio.

4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia del 7 de marzo de 2013, negó las pretensiones de la demanda¹¹.

⁸ Folio 364 del cuaderno 1.

⁹ Folios 365 a 369 del cuaderno 1.

¹⁰ Folios 372 a 385 del cuaderno 1.

¹¹ Folios 387 a 403 del cuaderno del Consejo de Estado.

El *a quo* concluyó que la privación de la libertad de que fue víctima el señor Jorge Iván Henao Gómez no constituyó un daño antijurídico, toda vez que existieron suficientes elementos materiales probatorios para proferir medida de aseguramiento en su contra, debido a las pruebas encontradas en el allanamiento del local comercial propiedad del demandante.

Adicionalmente, manifestó que, si bien era cierto que estaba demostrada la privación de la libertad de que fue objeto el señor Jorge Iván Henao Gómez, la misma no constituye un daño antijurídico, en la medida en que el mismo no resulta imputable a la entidad accionada, en razón a que esta actuó de conformidad con los mandatos legales y constitucionales, y de igual manera no se encuentra probado que el funcionario que emitió la orden de captura actuó con culpa grave o dolo.

5. El recurso de apelación.

La parte actora solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, por considerar que la discusión no recaía sobre la legalidad de las decisiones adoptadas por el fiscal del caso, sino en la antijuridicidad del daño causado al señor Henao Gómez, razón por la cual el régimen de responsabilidad que debió aplicarse era el objetivo.

Aunado a ello, manifestó que el *a quo* no valoró de manera adecuada las pruebas allegadas al expediente, dado que la medida de aseguramiento de detención preventiva fue arbitraria, pues la resolución que la revocó, de manera expresa, señaló que los medios probatorios no eran suficientes para mantener dicha medida.

6. Trámite de segunda instancia

6.1. El recurso fue admitido a través de auto del 5 de marzo de 2014¹², posteriormente, el 9 de abril de 2014¹³ se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera el concepto correspondiente.

6.2. La Fiscalía General de la Nación solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, dado que, a su juicio, el daño padecido por el señor Jorge Iván Henao Gómez no resultó antijurídico¹⁴.

6.3. La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

A la Sala, a través del artículo 73 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el reglamento interno de esta Corporación, se le asignó el conocimiento en segunda instancia, sin consideración a la cuantía, de los procesos de reparación directa promovidos en vigencia del Decreto 01 de 1984, cuya causa

¹² Folio 414 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹³ Folio 417 del cuaderno del Consejo de Estado

¹⁴ Folios 418 a 426 del cuaderno del Consejo de Estado.

petendi sea: i) el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia; ii) el error judicial o iii) la privación injusta de la libertad¹⁵.

Por lo anterior, resulta claro que esta Sala es competente para conocer el asunto de la referencia.

2. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, a la omisión, a la operación administrativa y a la ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

En relación con las acciones de reparación directa ejercidas por privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad¹⁶.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 11001-03-26-000-2008-00009-00.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de junio de 2017, expediente 44784, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 42979, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 47874, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; sentencia del 28 de septiembre de 2017, expediente 52.897 y sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 47.294.

La parte actora pretende la indemnización de los perjuicios causados con la supuesta privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor Jorge Iván Henao Gómez, por tal razón, el presupuesto de oportunidad en el ejercicio del derecho de acción se analizará a partir de la regla expuesta.

Mediante Resolución del 29 de agosto de 2008, la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Cali confirmó la providencia de 30 de abril de 2008, mediante la cual la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Cali precluyó la investigación a favor del señor Jorge Iván Henao Gómez por los delitos de concierto para delinquir y tráfico de migrantes, con circunstancias de agravación punitiva, la cual quedó en firme el mismo día¹⁷.

Así las cosas, el término para demandar inició desde el 30 de agosto de 2008 *-día siguiente a la ejecutoria de la Resolución que confirmó la preclusión de la investigación-* hasta el 30 de agosto de 2010. Como la demanda se presentó el 16 de octubre de 2009, resulta evidente su oportunidad.

Aunque en nada interfiere para el cómputo de este término, resulta del caso indicar que se agotó el requisito de conciliación extrajudicial, según obra en la constancia de no conciliación expedida el 26 de agosto de 2009 por la Procuraduría¹⁸, impuesto por la Ley 1285 de 2009, que ya se encontraba vigente.

¹⁷ Folio 258 del Cuaderno 1.

¹⁸ Folios 281 a 283 del Cuaderno 1.

3. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la de carácter material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

3.1. Legitimación en la causa de los demandantes

La Subsección encuentra probada la legitimación material en la causa del señor Jorge Iván Henao Gómez, toda vez que en su contra se adelantó el proceso penal que dio origen a la presente controversia y, de manera consecuente, a él se le impuso la medida de aseguramiento objeto de la *litis*.

De otra parte, en cuanto a los señores María Jovina Gómez de Henao (madre), Orlando de Jesús Henao Gómez, Luz Marina Henao Gómez, Guillermo León Henao Gómez, Gerardo Antonio Henao Gómez (hermanos) y Katherine Henao Sandoval (hija), la Sala observa que al proceso se allegaron los correspondientes registros civiles de nacimiento de cada uno de ellos¹⁹, por tanto, la Sala concluye que está probada la legitimación en la causa por activa de los referidos demandantes.

3.2. Legitimación de la demandada

En el caso bajo estudio, la imputación formulada por los demandantes fue dirigida contra la Fiscalía General de la Nación, de modo que esta se encuentra legitimada en la causa por pasiva de hecho, pues a ella se le imputa el daño que los actores alegaron haber sufrido.

En relación con la legitimación material, precisa la Sala que esta, por determinar el sentido del fallo *-denegatorio o condenatorio-*, no se analizará *ab initio*, sino cuando se estudie el fondo del asunto y resulte posible establecer si existió o no una participación efectiva de la demandada en la causación del daño que se alega.

4. Prueba trasladada

Se debe aclarar que en el caso *sub judice* obra el expediente del proceso penal que se adelantó en contra del señor Jorge Iván Henao Gómez, con radicación 801422, adelantado por la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados, Despacho No° 13 y que, si bien no fue reconocido expresamente por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca *-mediante una*

¹⁹ Folios 263 a 267 del cuaderno 1.

providencia- como documento trasladado, lo cierto es que: i) fue solicitado en la demanda²⁰, ii) fue decretado como prueba mediante auto del 17 de junio de 2010²¹, iii) las providencias y decisiones fueron proferidas por la Fiscalía General de la Nación y iv) se respetó el debido proceso, debido a que el expediente se mantuvo a disposición de las partes a lo largo del proceso sin haberse cuestionado su veracidad. Por estas razones se valorará en su integridad la prueba trasladada.

5. Caso concreto

5.1. Hechos probados

En el presente asunto, se acreditó que al señor Jorge Iván Henao Gómez se le vinculó a un proceso penal por los delitos de concierto para delinquir y tráfico de migrantes, con circunstancias de agravación punitiva, actuación de la que se destacan las siguientes piezas procesales:

- Resolución del 7 de mayo de 2007, mediante la cual la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Santiago de Cali, Despacho N° 13²², decretó la apertura de instrucción y libró orden de captura

²⁰ Folio 296, cuaderno 1.

²¹ Folios 331 - 332, cuaderno 1.

²² Folios 191 a 202 del cuaderno 71.

contra el señor Jorge Iván Henao Gómez en los siguientes términos (se transcribe literal, incluso con los posibles errores):

“El despacho Fiscal 304 delegado ante los Jueces Penales del Circuito destacado ante el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- de Bogotá D.C., aprehendió al inicio esta investigación, decretando una serie de probanzas tendientes a satisfacer el contenido normativo del artículo 322 del C.P.P. y de manera específica la investigación en ciernes, infiriéndose a partir de ellas unas series de imprecisiones en los pasaportes expedidos a nombre de las citadas menores. El detective WILSON JAVIER DEVIA PÉREZ genera el informe 001 de enero dos (2) de 2005, precisando, entre otras cosas, que en los diálogos interceptados se menciona a una persona como N. WILMER. Y que con base en las transliteraciones se puede evidenciar la existencia de una organización, dedicada al tráfico de personas, interesadas en sacar a una menor del territorio colombiano con el propósito de obtener beneficio económico. El evento anterior sirvió de sustrato para entender el desencadenamiento de futuros hechos delictivos ejecutados por la presunta organización criminal, de manera tal que se van presentando trámites irregulares e ilícitos ejecutados por los presuntos miembros de la concertación: Construcción edificada a partir de la pluralidad de intervenciones telefónicas originadas y recepcionadas, por quien las probanzas sindicaron ser el líder de la misma, señor WILMER ZÑIGA TERRANOVA como deviene de los informes números 221/DAS.DGO.SEXT.GVMI.I.E de fecha veintiuno (21) de junio de dos mil seis (2006) y 503298/DAS.DGO.SEXT.GVMI.I.E de fecha dieciséis (16) de abril de dos mil siete (2007), suscritos y debidamente ratificados y ampliados por los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- en los cuales se materializan las diligencias desarrolladas orientadas a compilar la información idónea acerca de la empresa organizada por el mencionado ciudadano, identificándose además a los presuntos autores de las conductas punibles. En secuencia de acciones y responsabilidades de apariencia delictiva le siguen los señores: (...) JORGE IVÁN HENAO GÓMEZ, quienes han ejecutado actividades consustanciales y necesarias para la organización probablemente criminal, de acuerdo con sus especialidades y perfiles.

(...)

“En virtud de lo anterior, se dispone decretar la APERTURA DE INSTRUCIÓN conforme las previsiones del artículo 331 del C. de P. Penal (Ley 600 de 2000) y en consecuencia, en orden al perfeccionamiento de la investigación se ordena la práctica de las siguientes diligencias:

“1° Vincular al proceso mediante diligencia de indagatoria a las siguientes personas:

(...)

“c. JORGE IVÁN HENAO GOMEZ (...), como presuntos infractores de las conductas de: CONCIERTO PARA DELINQUIR (...) FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO (...) TRAFICO DE MIGRANTES (...) CON LAS CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA (...)

(...)

“2° Librar ORDEN DE CAPTURA, de conformidad con las disposiciones procesales pertinentes, con el fin de recepcionarles diligencia de indagatoria, en contra de las siguientes personas: (...) JORGE IVÁN HENAO GÓMEZ”.

- Orden de captura del 7 de mayo de 2007 contra el señor Jorge Iván Henao Gómez²³.

- Resolución del 7 de mayo de 2007, mediante la cual la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Santiago de Cali, Despacho N° 13²⁴, ordenó el allanamiento del local comercial “FOTOPASAPORTES KATHERINE”.

²³ Folio 219 del cuaderno 71.

²⁴ Folios 203 a 214 del cuaderno 71.

- Resolución de 29 de mayo de 2007, proferida por la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Santiago de Cali, Despacho N° 13, a través de la cual profirió resolución de acusación contra Jorge Iván Henao Gómez, por ser posible responsable de los delitos de concierto para delinquir y tráfico de migrantes, con circunstancias de agravación punitiva²⁵, en los siguientes términos (se transcribe literal, incluido los posibles errores):

“JORGE IVÁN HENAO GÓMEZ fotógrafo de profesión y tramitador de diferentes procedimientos, niega en su injurada cualquier participación ilícita en los hechos investigados en el proceso que nos concentra. Posición de cierta credibilidad, sino fuera porque en el mismo residen materializados medios probatorios precariamente controvertidos por el sindicato: Uno de ellos son las grabaciones fruto de las interceptaciones a las líneas telefónicas utilizadas por el presunto líder de la organización criminal – WILMER ZUÑIGA TERRANOVA - y otro los documentos hallados en la diligencia de allanamiento y registro efectuada al lugar de residencia y trabajo del señor JORGE IVÁN HENAO GÓMEZ cuando fue aprehendido por orden expresa de este despacho. En el primer medio probatorio en referencia, se dan expresas y concretas indicaciones y ordenes al indagado sobre los quehaceres a ejecutar con los clientes referenciados, todo dentro de un lenguaje codificado solo entendible, inicialmente por quienes se desenvuelven en el mundo del delito, siendo lugares comunes ‘para mañana le entregan eso’, ‘el sabe lo que tiene que hacer’, ‘el le resuelve eso’; mientras que en el segundo material esta el registro civil de la menor MARIA PAULA ORDÓÑEZ GIRÓN y la fotocopia de la cedula de ciudadanía del señor CARLOS ORLANDO ORDÓÑEZ DORADO. (...)

“Las razones anteriores no permiten acoger los argumentos expuestos por el apoderado judicial del procesado, además por cuanto estamos en presencia de una investigación en ciernes donde es necesario asegurar la aducción de medios probatorios determinantes para otras etapas procesales, los cuales deberán contar con la estricta colaboración de los indagados. (...)

²⁵ Folios 163 a 265 del cuaderno 3.

“Para esta sede respecto del indagado JORGE IVÁN HENAO GÓMEZ habita en el expediente, materializado hasta esta altura procesal, los medios probatorios idóneos y necesarios para imponer medida de aseguramiento, con la finalidad propuesta en el artículo 355 del C.P.P., de conformidad con las demandas establecidas en los artículos 356 y 357 numeral 1° del estatuto procesal penal. El acervo probatorio le permite al Despacho estructurar claramente la convicción, no solo de la existencia de la conducta punible sino de la responsabilidad predicable respecto del indagado, quien en asocio de otras personas y con pleno conocimiento de la ilicitud de la conducta a ejecutar desarrolló todos y cada uno de los actos pertinentes para lograrlo”.

- Providencia del 21 de noviembre de 2007, proferida por la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Santiago de Cali, Despacho N° 13, mediante la cual se revocó la medida de aseguramiento impuesta al señor Jorge Iván Henao Gómez ²⁶. Para adoptar dicha decisión, consideró lo siguiente (transcripción literal):

“La percepción de los hechos realizada por la sede a partir de los medios probatorios aducidos a la investigación, contrasta de manera diversa a partir de la indagatoria del señor WILMER ZUÑIGA TERRANOVA quien sin ninguna pretensión diferente al esclarecimiento de la verdad va discerniendo la participación directa o indirecta de los coasociados en los delitos imputados por el Despacho. De esta manera, y bajo la gravedad del juramento, se ratifica en los cargos que embarazan la situación jurídica de las personas vinculadas y por vincular al proceso, dentro de esa disciplinada acción exculpa al sindicado JORGE IVÁN HENAO GÓMEZ. Indicando con exactitud cuál es la actividad comercial lícita que en concreto ejecutaba este con las personas que después fueron traficadas o que facilitaron el tráfico de connacionales con propósitos que ameritan un reproche desde la autonomía de la voluntad de las personas y de la soberanía del Estado. Pero, excluyendo de cualquier participación ilícita a la persona que demanda nuestro pronunciamiento.

²⁶ Folios 8 a 53 del cuaderno 1.

“Junto a la densa y verídica deposición de WILMER ZUÑIGA TERRANOVA, se han decretado, practicado y aducido otros medios probatorios como son los testimonios de los señores WILSON GAVIRIA CERÓN, LUZ MARINA HENAO GÓMEZ, JULIO CESAR RUBIANO CALDERÓN, quienes habiendo comparecido con otras finalidades probatorias específicas de igual forma deponen acerca de la actividad desarrollada por el sindicato JORGE IVÁN HENAO GÓMEZ en su establecimiento de comercio. (...)

“Por considerar entonces este Despacho que la potencia de los medios probatorios que posibilitaron embarazar la situación jurídica del sindicato JORGE IVÁN HENAO GÓMEZ con medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación se ha vuelto precaria, no es dable que permanezca limitado con la decisión adoptada en la etapa temprana de la investigación, al haber dejado de ser clara su eventual participación como coautor de los delitos CONCIERTO PARA DELINQUIR (...) CON LAS CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA” (se resalta).

- Boleta de libertad N° F014982 de 21 de noviembre de 2007, en la que se ordena que, a partir del 22 de noviembre de 2007, el señor Jorge Iván Henao Gómez quedará en libertad²⁷.

- Resolución del 30 de abril de 2008²⁸, mediante la cual la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Santiago de Cali, Despacho N° 13 precluyó la investigación a favor del señor Jorge Iván Henao Gómez y de otros procesados; al respecto, en la providencia en mención se sostuvo (se transcribe de manera literal):

“Consecuentes con lo anterior, estima esta Delegada, al igual que en el caso estudiado con antelación, que en la presente actuación no son muy claras las circunstancias en que se presentó la presunta participación del señor HENAO GÓMEZ en los hechos investigados, ni se logró demostrar

²⁷ Folio 262 cuaderno 1.

²⁸ Folios 55 a 215 del Cuaderno 1

la completa ajenidad del sindicado con los mismos, circunstancia plasmada por la Fiscalía al momento de revocarle la medida de aseguramiento, surgiendo entonces una duda probatoria, lo que llevará al Despacho a precluir la investigación a favor del mencionado JORGE IVÁN HENAO GÓMEZ, en una clara aplicación del principio constitucional y legal del In Dubio Pro Reo, esto es, que toda duda debe resolverse a favor del sindicado.

(...)

“Así las cosas, considera este Despacho Fiscal que no existe prueba idónea en la presente investigación que permita inferir que el señor JORGE IVÁN HENAO GÓMEZ es responsable de los delitos de Concierto para Delinquir y Tráfico de Migrantes Agravado a él imputados, pues como lo anotamos en precedencia, del acervo probatorio arrimado al plenario surge la incertidumbre en relación a su presunta participación en estos hechos criminosos y, por lo mismo, se precluirá la presente instrucción en su favor, con base en lo previsto en los artículos 7 y 399 de la Ley 600 de 2000” (se resalta).

- Providencia del 29 de agosto de 2008²⁹, proferida por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, mediante la cual confirmó la decisión de precluir la investigación a favor de Jorge Iván Henao Gómez.

5.2. Conclusiones probatorias y análisis de responsabilidad

5.2.1. Privación injusta de la libertad de Jorge Iván Henao Gómez

²⁹ Folios 227 a 256 del Cuaderno 1.

Daño

El primer elemento que se debe analizar es la existencia del daño, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, no hay lugar a declarar responsabilidad sin daño y solo ante su acreditación se puede explorar la posibilidad de imputación del mismo al Estado³⁰.

En las condiciones analizadas, la Sala encuentra probado que en contra del señor Jorge Iván Henao Gómez se adelantó un proceso penal por los delitos de concierto para delinquir y tráfico de migrantes, con circunstancias de agravación punitiva, dentro del cual se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva y por la que se le privó de su libertad entre el 8 de mayo al 22 de noviembre de 2007.

Asimismo, se probó que, el 29 de abril de 2008³¹, la Fiscalía 13 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Santiago de Cali precluyó la investigación a favor de Jorge Iván Henao Gómez, por cuanto no existía certeza de su participación en los hechos delictivos; decisión que fue confirmada por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Cali.

Por lo anterior, la Sala concluye que se probó la existencia del daño alegado por el actor, quien fue capturado y vinculado a una investigación penal tras ser señalado de pertenecer a una red de tráfico de migrantes.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 13 de agosto de 2008, exp. 16.516, MP. Enrique Gil Botero; de 6 de junio de 2012, exp. 24.633, M.P. Hernán Andrade Rincón, entre muchas otras.

³¹ Folios 55 a 215 del Cuaderno 1

Imputación

Establecida la existencia del daño, es necesario verificar si este es imputable o no a la entidad demandada.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 2006³², analizó la constitucionalidad de, entre otros, del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y señaló que en los casos de privación injusta de la libertad se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos. Sobre el particular, consideró:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención”.

³² M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

De conformidad con el criterio expuesto por la Corte Constitucional, el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido.

Por último, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-072 de 2018³³, señaló que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad, entonces, el juez será el que, en cada caso, deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada.

En ese sentido, la Corte Constitucional indicó:

“Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

“(…)

“Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma”.

³³ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

“(…)

*“Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo **no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante” (se destaca).*

Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial al Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Para el caso concreto, a partir del material probatorio allegado al proceso, la Sala advierte que se acreditó que el señor Jorge Iván Henao Gómez fue vinculado a un proceso penal y privado de su libertad por ser presunto responsable de los delitos de concierto para delinquir y tráfico de migrantes, con las circunstancias de agravación punitiva; sin embargo, la fiscalía de conocimiento precluyó la investigación penal a su favor, debido a que no logró demostrar que el investigado hubiera cometido la conducta punible que se le endilgaba.

Ahora bien, del análisis de las providencias que vincularon al procesado y le impusieron la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, se advierten imprecisiones por parte de la Fiscalía debido a que dichas decisiones tuvieron como sustento principal un informe del DAS, el cual carece

de valor probatorio de conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional y de esta Corporación.

En efecto, respecto de la ausencia de valor probatorio de los informes de inteligencia, la Corte Constitucional ha manifestado:

“En el presente caso la finalidad buscada por el legislador es legítima, pues tiene su fundamento en el art. 29 de la Constitución que consagra la presunción de inocencia, la cual solamente puede ser destruida cuando se incorporan legal y regularmente al proceso pruebas que el sindicato está en la posibilidad de controvertir.

“Los informes de la Policía si bien muchas veces revelan situaciones objetivas que han verificado sus agentes, en otras, son producto de indagaciones con terceros, muchas veces indeterminados, que estructuran conjeturas o apreciaciones que materialmente no son idóneos para fundar una prueba; pero en todo caso en su producción no intervienen las personas sindicadas que pueden verse afectados por ellos.

“Sin embargo, lo anterior no obsta para que el funcionario judicial competente pueda, a partir de dichos informes, producir dentro del proceso la prueba que se requiera para establecer la realidad y veracidad de los hechos que son relevantes en éste, la cual naturalmente puede ser controvertida por el sindicato. Pero se anota que lo que dicho funcionario puede valorar es la prueba producida regularmente en el proceso, mas no los mencionados informes”³⁴ (negritas adicionales).

En el mismo sentido, al declarar la constitucionalidad del artículo 35³⁵ de la ley estatutaria 1621 de 2013³⁶, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

³⁴ Sentencia C-392 de 6 de abril de 200. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³⁵ “Artículo 35. Valor probatorio de los informes de inteligencia. En ningún caso los informes de inteligencia y contrainteligencia tendrán valor probatorio dentro de procesos judiciales y disciplinarios, pero su contenido podrá constituir criterio orientador durante la indagación. En todo caso se garantizará la reserva de la información, medios, métodos y fuentes, así como la protección de la identidad de los funcionarios de inteligencia y contrainteligencia”.

³⁶ Ley estatutaria 1621 de 2013: “Por medio del cual se expiden normas para fortalecer el marco jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”.

“Es importante señalar que los informes de inteligencia en palabras de este Tribunal ‘no tienen el carácter de una imputación penal, sino que constituyen la identificación y procesamiento preventivo de una operación u operaciones que por sus características objetivas, razonablemente podrían llegar a estar relacionadas con el surgimiento de un delito’³⁷. De esta manera, los informes de inteligencia se soportan en el procesamiento preventivo de un conjunto de operaciones objetivas -reflejan métodos y acciones llevadas a cabo-, que trabajan sobre un margen de conjeturas o hipótesis sobre numerosa información que viene a terminar en unas conclusiones de la labor de inteligencia.

“Al existir un amplio margen de dudas sobre la información por no estar comprobada suficientemente, es completamente válido a la luz de la Constitución que el legislador no le hubiere otorgado efecto jurídico de prueba dentro de los procesos disciplinarios y judiciales. Pero ello no significa que pasen desapercibidas en un todo, porque el contenido de tales informes podrá constituir un criterio orientador durante la indagación, lo cual atiende el deber del Estado, en virtud de la política criminal, de investigar con fundamento en la notitia criminis (art. 29 superior)”³⁸ (negrilla fuera de texto).

Por su parte, sobre el valor probatorio de estos informes, la Sala ha señalado:

“En cuanto a la retención ilegal, considera la Sala que la cuestión jurídica debatida debe examinarse desde la perspectiva de la falla en el servicio que supone la actuación de las autoridades con fundamento en vagos ‘informes de inteligencia’ no procesados adecuadamente, ni suficientemente decantados, que conducen en no pocas ocasiones a adoptar medidas apresuradas que ciertamente ocasionan a los administrados un daño injustificado que, de haberse procedido con diligencia y respeto pleno de las libertades públicas, no se hubiere ocasionado”³⁹.

De acuerdo con lo anterior, se infiere que la prohibición de otorgar valor probatorio a los informes de inteligencia está soportada, básicamente, en el

³⁷ Sentencia T-708 de 2008.

³⁸ Sentencia C-540/12, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de noviembre de 1996, exp. 9.617, M.P. Ricardo Hoyos Duque, reiterada en sentencia del 24 de octubre de 2013, exp. 25.822, M.P. Enrique Gil Botero.

artículo 29 de la Constitución Política, que consagra los principios del debido proceso y presunción de inocencia, la cual sólo puede ser desvirtuada mediante pruebas legal y regularmente allegadas al proceso, dado que es allí donde el sindicado puede controvertirlas. Igualmente señalan que esos informes al provenir de terceros, los llamados “*informantes*”, pueden llevar a apreciaciones o conjeturas que no son consideradas como pruebas, de ahí que en el presente caso la Fiscalía incurrió en un yerro procesal, al haber dado pleno valor probatorio a dicho informe de inteligencia del DAS y no haberlo confrontado con otros medios de prueba.

De otra parte, se observa también que la Fiscalía General de la Nación incurrió en un error de apreciación y valoración probatoria, dado que en la providencia de 29 de mayo de 2007, mediante la cual resolvió la situación jurídica del demandante, consideró como indicios graves: i) el informe N° 503298-30/DAS.DGO.SEXT.GVMI.I.E. en el que se aseguró que el presunto líder de la red de tráfico le daba órdenes e indicaciones expresas al señor Jorge Iván Henao Gómez utilizando un *“lenguaje codificado solo entendible, inicialmente por quienes se desenvuelven en el mundo del delito, siendo lugares comunes ‘para mañana le entregan eso’, ‘él sabe lo que tiene que hacer’, ‘él le resuelve eso’”* y, ii) el registro civil de la menor María Paula Ordóñez Girón y la fotocopia de la cédula de ciudadanía de su padre Carlos Orlando Ordóñez Dorado, elementos que, en opinión de la Sala, no podían considerarse pruebas y menos aún ser tenidos como indicios graves para cimentar en contra del sindicado una medida de aseguramiento.

Así las cosas, se observa que dichos yerrores en que incurrió la Fiscalía se prolongaron hasta el 21 de noviembre de 2007, cuando la Fiscalía revocó la medida de aseguramiento, lo que derivó en que el procesado fuera privado de

la libertad más de 6 meses por cuenta de esa errónea valoración probatoria y del citado informe de inteligencia *-pese a que carecía de mérito probatorio-*.

En criterio de la Sala, la conclusión a la que se arribó en la providencia que precluyó la investigación a favor del señor Henao Gómez permite cuestionarse si esa deficiencia probatoria no podía advertirse desde la vinculación al proceso de la demandante y no esperar más de 6 meses, hasta que la apoderada de este presentara una solicitud para que se revocara la medida de aseguramiento impuesta.

Dicho de otra manera, si bien existía alguna información en contra del señor Jorge Iván Henao Gómez, lo cierto es que el ente investigador pudo adelantar otras actuaciones para establecer su responsabilidad penal, máxime cuando no contaba con otras pruebas que permitieran, siquiera, suponer su participación en la conducta ilícita investigada, circunstancia que evidentemente compromete su actuación, porque la conclusión que sustentó la providencia que precluyó la investigación fue precisamente la ausencia de pruebas en la supuesta comisión de los delitos de concierto para delinquir y tráfico de migrantes con las circunstancias de agravación punitiva.

De conformidad con lo expuesto, la Sala advierte la configuración de una falla en el servicio de la Administración de Justicia, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, la cual impone la necesidad de efectuar un juicio de reproche sobre su actuación⁴⁰.

⁴⁰ En este sentido la Sección se pronunció en sentencia del 23 de agosto de 2010, radicación: 40060, C.P. Enrique Gil Botero, en los siguientes términos: *“No obstante, en aquellos eventos en que pese a configurarse la causal de absolución penal permitiera enmarcar el estudio de la responsabilidad patrimonial bajo un régimen de carácter objetivo pero en el proceso contencioso administrativo quedó acreditada la existencia de una falla del servicio, se impone la declaratoria de la misma en aras de emitir un juicio de reproche y, de paso, permitir a la*

En efecto, la actuación desplegada por la Fiscalía General de la Nación fue deficiente, dado que: *i)* se basó en un informe de inteligencia realizado por el DAS, pese a que no era susceptible de valoración probatoria; *ii)* como sustento de las medidas de aseguramiento no tuvo en cuenta la exigencia legal de dos indicios graves, sino que realizó conjeturas con la información del mencionado informe y unos documentos encontrados en la diligencia de allanamiento del local comercial “FOTOPASAPORTES KATHERINE” y *iii)* no agotó las actividades de investigación necesarias para esclarecer si efectivamente el ahora demandante tuvo alguna participación en la red de tráfico de migrantes investigada⁴¹.

Al respecto, vale la pena destacar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 600 del 2000⁴², a la Fiscalía General de la Nación le asistía el deber de adelantar una investigación integral en los procesos a su cargo, tanto de lo favorable como lo desfavorable para los sindicados; sin embargo, en el proceso penal adelantado en contra del señor Jorge Iván Henao Gómez este ente dictó la medida de aseguramiento y fundamentó su decisión únicamente en el informe del DAS y unos documentos hallados en la diligencia de allanamiento, sin realizar ningún acto adicional tendiente a encontrar material

administración que, identificada la irregularidad cometida, analice la conveniencia de iniciar la acción de repetición contra los funcionarios que dieron origen a la condena pecuniaria.

“No significa lo anterior que la Sala esté fijando un régimen subjetivo de responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad sino que, se insiste, la perspectiva objetiva o subjetiva (culpabilística) dependerá en cada caso concreto de los motivos de absolución o preclusión criminal; sin embargo, cuando la falla del servicio sea evidente y palmaria en el proceso contencioso será imprescindible advertir su existencia y, por lo tanto, acoger la responsabilidad sin ambages por esa circunstancia (...).”

⁴¹ Estas consideraciones se plasmaron en un caso de características similares al actual; al respecto puede consultarse las sentencias proferidas por esta Subsección de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 29 de noviembre de 2018, expediente 61.233; el 14 de febrero de 2019, expediente 54.820 y el 14 de marzo de 2019, expediente 62.503.

⁴² Artículo 20: *“Investigación integral. El funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado”.*

probatorio que corroborara lo afirmado en dicha providencia que impuso la medida restrictiva de la libertad, situación que solo se comportó, más adelante, con la providencia que precluyó la investigación a su favor.

Pues bien, en términos del artículo 314 de la Ley 600 del 2000, vigente para la época de ocurrencia de los hechos, las labores previas de verificación adelantadas por la policía judicial carecían de la condición de medio probatorio, por manera que no podían tenerse como sustento de una medida con la suficiencia para restringir el derecho a la libertad del señor Henao Gómez, pues, para el particular, según lo previsto en el artículo 356 *ejusdem*, se requería de “*por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso*”.

Entonces, la Sala estima que la Fiscalía General de la Nación impuso la medida de aseguramiento, pese a que no se cumplían los requisitos establecidos para proceder de conformidad, según la Ley 600 de 2000.

Al tenor de lo dispuesto en los artículos 355 y 356 de la Ley 600 del 2000, para decretar las medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario se requería, en primer lugar, de la configuración de, por lo menos, dos indicios graves de responsabilidad en contra de los implicados y, en segundo lugar, de la necesidad de su imposición, bien con el fin de garantizar la comparecencia de los sindicados al proceso, asegurar la ejecución de la pena privativa de la libertad, evitar la continuación de su actividad delictual o impedir el entorpecimiento de la actividad probatoria.

En términos del artículo 284 de la Ley 600 de 2000, todo indicio supone un hecho indicador, debidamente probado, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro, supuesto que no se encuentra acreditado en

el *sub lite*, dado que no se aportaron pruebas de las cuales fuera posible deducir indicios graves de responsabilidad contra el señor Jorge Iván Henao Gómez, por las razones expuestas en precedencia.

En tercer lugar, lo que correspondía a la Fiscalía General de la Nación era adelantar la actividad investigativa, a fin de verificar la certeza de las manifestaciones de los declarantes; sin embargo, omitió proceder en tal sentido.

En este orden de ideas, es claro que el ente acusador infringió sus deberes funcionales en el ejercicio de la acción penal, porque, se insiste, no examinó con el debido rigor las piezas procesales obrantes en el expediente, ni ordenó adicionales para establecer la relación de la demandante con la red de tráfico de migrantes que se investigaba.

Por consiguiente, todas las razones expuestas llevan a revocar la sentencia apelada y declarar la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, entidad que deberá responder por los perjuicios ocasionados a los demandantes.

5.3. Indemnización de perjuicios morales a favor de los demandantes

En relación con la tasación de perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad, siguiendo lo reiterado por esta Corporación, se tiene que es con apoyo en las máximas de la experiencia que hay lugar a inferir que esa situación le generó dolor moral, angustia y aflicción a la persona que, por esa circunstancia, vio afectada o limitada su libertad; perjuicio que se hace extensible a sus seres queridos más cercanos, quienes se afectan por la situación de tristeza y zozobra por la que atravesó su familiar.

Como indemnización de perjuicios morales, los demandantes solicitaron el pago de 100 SMLMV para el señor Jorge Iván Henao Gómez, la menor Katherine Henao Sandoval y la señora María Jovina Gómez de Henao y la suma de 80 SMMLV para los señores Orlando de Jesús, Luz Marina, Guillermo León y Gerardo Antonio Henao Gómez en su calidad de hermanos de Jorge Iván Henao Gómez.

Frente a la acreditación de dicho perjuicio, en el *sub lite* se tiene que el señor Jorge Iván Henao Gómez estuvo privado de su libertad desde el 8 de mayo hasta el 22 de noviembre de 2007, lo cual basta para inferir la afectación moral de la víctima; asimismo, respecto del *quantum* indemnizatorio, se ha establecido que el juez, según su prudente juicio, analizará las particularidades de cada caso en concreto, pudiendo acudir como guía de la tasación del mismo a los criterios de unificación contenidos en la sentencia del 28 de agosto de 2014, los cuales, se resumen en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1º de consanguinidad	Parientes en el 2º de consanguinidad	Parientes en el 3º de consanguinidad	Parientes en el 4º de consanguinidad y afines hasta el 2º	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

En el presente caso, la Sala encuentra que el señor Jorge Iván Henao Gómez fue privado de la libertad durante 6 meses y 14 días, aproximadamente, razón por la cual se infiere que se le causó una afectación moral, susceptible de ser indemnizada a favor de sus parientes dentro del primer y segundo grado de consanguinidad, respecto de los cuales se presume el perjuicio moral causado.

Así pues, atendiendo al período de privación de la libertad que soportó el señor Jorge Iván Henao Gómez y a los parámetros fijados por la Sala Plena de la Sección Tercera en cuanto a la indemnización de perjuicios morales, la Sala reconocerá, de conformidad con la referida sentencia de unificación, los siguientes valores:

- Jorge Iván Henao Gómez 70 SMLMV (afectado directo).
- Katherine Henao Sandoval 70 SMLMV (hija).
- María Jovina Gómez de Henao 70 SMLMV (madre).
- Orlando de Jesús Henao Gómez 35 SMLMV (hermano)
- Luz Marina Henao Gómez 35 SMLMV (hermana).
- Guillermo León Henao Gómez 35 SMLMV (hermano).
- Gerardo Antonio Henao Gómez 35 SMLMV (hermano).

5.4. Perjuicios materiales

Daño emergente

En la demanda se solicitó por este rubro la suma de \$20'000.000, derivados de los honorarios profesionales pagados a la profesional del Derecho que tramitó su defensa en el proceso penal.

En relación con los parámetros para acceder al reconocimiento de dicho perjuicio material, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2019⁴³, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que ese rubro se reconocerá siempre que se cumpla de forma concurrente con cada uno de los siguientes requisitos, a saber:

“Respecto del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales:

- i) *Se reconoce el daño emergente por pago de honorarios profesionales únicamente en favor del demandante que lo haya solicitado como pretensión indemnizatoria de la demanda y pruebe que fue quien efectuó ese pago.*
- ii) *Se reconoce si se prueba que el abogado que recibió el pago por concepto de honorarios profesionales fungió en el asunto penal como apoderado del afectado directo con la medida de aseguramiento.*
- iii) ***La factura –o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario)- acompañada de la prueba de su pago, expedidos ambos por el abogado que asumió la defensa penal del afectado directo con la medida de aseguramiento, será la prueba idónea del pago por concepto de honorarios profesionales.***
- iv) *La indemnización del daño emergente correspondiente al pago de honorarios profesionales se hará por el valor registrado en la factura o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario) y en la prueba del pago. De no coincidir los valores consignados en la factura o documento equivalente y en la prueba del pago, se reconocerá por este concepto el menor de tales valores” (negrilla del texto original).*

Para acreditar tal perjuicio, se aportó la constancia emitida por la apoderada que asumió la defensa del señor Jorge Iván Henao Gómez dentro del proceso penal en su contra, en la cual se afirmó que recibió la suma de \$20'000.000, por concepto de honorarios profesionales⁴⁴.

⁴³ Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, exp. 44.572, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁴⁴ Folio 272 del cuaderno 1.

Sin embargo, de conformidad con los criterios establecidos en la jurisprudencia de unificación a la que se hizo alusión, la Sala negará el perjuicio material solicitado, pues, a pesar de que se probó que la referida abogada efectuó la defensa del señor Henao Gómez dentro del proceso penal, lo cierto es que no se aportaron las facturas o documentos equivalentes expedidos por la referida profesional del derecho ni la prueba efectiva de su pago.

Así las cosas, la Sala negará la indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente.

Lucro cesante

Teniendo en cuenta que en la demanda se solicitó la suma de \$11'520.000, la Sala procederá a estudiar de acuerdo con las pruebas allegadas la existencia y magnitud del mismo.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada⁴⁵ y unificada⁴⁶ de esta Sección, el perjuicio material a indemnizar, en la modalidad de lucro cesante, debe ser cierto y, por ende, edificarse en situaciones reales, existentes al momento de ocurrencia del evento dañino, toda vez que el perjuicio eventual o hipotético, por no corresponder a la prolongación real y directa del estado de cosas producido por el daño, no es susceptible de reparación.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de: i) 4 de diciembre de 2006, radicación: 13168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; ii) 12 de febrero de 2014, radicación: 31583, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, y iii) de 29 de mayo de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicación: 35930, entre otras.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, M.P. Hernán Andrade Rincón (E), radicación: 36.149.

En relación con los parámetros para acceder al reconocimiento de dicho perjuicio material, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2019⁴⁷, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó lo siguiente:

*“Así, para acceder al reconocimiento de este perjuicio material en los eventos de privación injusta de la libertad debe haber **prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos.** Cuando la persona privada injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante.*

“1.1. Parámetros para liquidar el lucro cesante:

“2.2.1 Período indemnizable

*“El período indemnizable, para la liquidación del lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, será el **tiempo que duró la detención**, es decir, el período que transcurrió desde cuando se materializó la orden de detención con la captura o la aprehensión física del afectado con la medida de aseguramiento y hasta cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra.*

*“**La liquidación del lucro cesante comprenderá, si se pide en la demanda y se prueba suficientemente su monto, el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención** y, además, si se solicita en la demanda, **el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de pérdida de ésta.***

“2.2.2 Ingreso base de liquidación

*“**El ingreso base de liquidación deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima al tiempo de su detención, proveniente del ejercicio de la actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos.***

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, exp. 44.572, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

“Para que la prueba del ingreso sea suficiente, debe tenerse en cuenta que, si se trata de un empleado, se debe acreditar de manera idónea el valor del salario que recibía con ocasión del vínculo laboral vigente al tiempo de la detención; al respecto, debe recordarse que los artículos 232 (inciso segundo) del Código de Procedimiento Civil y 225 del Código General del Proceso señalan que: ‘Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, **o el correspondiente pago**, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión’ (negrillas de la Sala).

“El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado” y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas⁴⁸, las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario⁴⁹, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso.

“2.2.4 Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales

“Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales⁵⁰, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida **trabajaba como empleado al tiempo de la detención**, pues las pretensiones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada⁵¹.

⁴⁸ Original de la cita: “**ARTICULO 615. OBLIGACIÓN DE EXPEDIR FACTURA.** Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. // Para quienes utilicen máquinas registradoras, el documento equivalente será el tiquete expedido por ésta”.

⁴⁹ Original de la cita: “Ver la cita 60 de la página 31”.

⁵⁰ Original de la cita: “**De las prestaciones trata el Código Sustantivo del Trabajo (capítulos VIII y IX) y están concebidas como beneficios legales que el empleador debe pagar a sus trabajadores, adicionalmente al salario ordinario, para atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de la actividad laboral”.**

⁵¹ Original de la cita: “**La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, precisó que las prestaciones sociales solo se causan en virtud de la existencia de un contrato de trabajo subordinado y que a ellas no tienen derecho quienes desarrollan una actividad como independientes; al respecto, dijo:**

*“Así, se **debe acreditar la existencia de una relación laboral subordinada**, de manera que **no se reconoce el incremento en mención cuando el afectado directo con la medida de aseguramiento sea un trabajador independiente**, por cuanto, se insiste, las prestaciones sociales constituyen una prerrogativa en favor de quienes tienen una relación laboral subordinada, al paso que los no asalariados carecen por completo de ellas” (negritas y subrayas del texto original).*

Para el caso sub examine, la Sala observa que el señor Jorge Iván Henao Gómez solicitó el pago de los ingresos dejados de percibir en su negocio “FOTOPASAPORTE KATHERIN” durante el período que fue privado de la libertad, esto es, entre el **8 de mayo hasta el 22 de noviembre de 2007**, para un total de \$11’520.000.

Al proceso se allegó una certificación expedida el 5 de mayo de 2009 por el contador Carlos Iván Cañas Mejía, en el que afirmó que el señor Henao Gómez percibió ingresos mensuales de \$1’800.000 en el año 2004 como fotógrafo independiente⁵² y Certificado de la Cámara de Comercio de Cali del 15 de abril de 2009, en el que se evidencia que desde el 18 de enero de 2007 se registró el establecimiento de comercio: FOTO PASAPORTE KATHERINE con la actividad comercial: toma de fotografías y fotocopias⁵³.

*‘En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino **la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales**; a contrario sensu, **en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales**, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente’.”*

⁵² Folio 273 del cuaderno 1.

⁵³ Folio 271 del cuaderno 1.

Bajo el criterio de unificación de la sentencia previamente citada, la Sala negará la indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, en atención a que las pruebas allegadas no son prueba idónea para acreditar los ingresos que supuestamente fueron dejados de percibir por el señor Henao Gómez.

En primer lugar, se tiene que la certificación contable allegada es del año 2004, por lo que no acredita que, al momento de la privación de la libertad, 2007, el demandante efectivamente estuviera recibiendo dichos ingresos; además, se observa que dicha certificación no viene acompañada por los libros contables o facturas que den cuenta de los ingresos percibidos por el demandante.

Aunado a esto, se tiene que, si bien el certificado de la Cámara de Comercio prueba que el demandante ejercía una actividad independiente, dicho documento por sí solo no es suficiente para acreditar que como consecuencia de la medida restrictiva de la libertad que afectó al señor Henao Gómez el establecimiento de comercio fue cerrado al público y dejó de producir ingresos.

6. Condena en costas

Como no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

REVOCAR, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia, la sentencia del 7 de marzo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR administrativamente responsable a la NACIÓN -- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios causados a los demandantes, por la privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor JORGE IVÁN HENAO GÓMEZ, dentro de un proceso penal adelantado en su contra.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a indemnizar a las siguientes personas, en las sumas que se relacionan a continuación:

Por concepto de perjuicios morales:

- Jorge Iván Henao Gómez 70 SMLMV (afectado directo).
- Katherine Henao Sandoval 70 SMLMV (hija).
- María Jovina Gómez de Henao 70 SMLMV (madre).
- Orlando de Jesús Henao Gómez 35 SMLMV (hermano)
- Luz Marina Henao Gómez 35 SMLMV (hermana).
- Guillermo León Henao Gómez 35 SMLMV (hermano).
- Gerardo Antonio Henao Gómez 35 SMLMV (hermano).

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen, para su cumplimiento. Expídanse a la parte actora las copias auténticas, con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

RICO

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ