

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00426-01(45318)

Actor: PABLO ALEJANDRO SALAH ABELLO Y OTROS

Demandado: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: REPARACIÓN DIRECTA

Temas: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – Se aplica régimen subjetivo cuando la captura se produce con fines de indagatoria / CAPTURA CON FINES DE INDAGATORIA - Se configura la responsabilidad del Estado cuando no se cumplen los términos legales / RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN POR MORA JUDICIAL – No se configura cuando no se demuestra dilación injustificada de la investigación.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 14 de junio de 2012, por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda. La sentencia será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

El 21 de mayo de 2004, en la ciudad de Barranquilla, miembros del DAS y la Fiscalía General de la Nación realizaron un allanamiento en las instalaciones de la Lotería del Atlántico, por supuestas irregularidades en el conteo de billetes de la lotería. En desarrollo de la diligencia capturaron a varios funcionarios, incluido el demandante, por alterar la cantidad de billetes devueltos por los distribuidores, aparentemente. La detención se prolongó por unas horas, mientras se resolvió sobre su vinculación a la investigación por el delito de peculado por apropiación. Al demandante no se le impuso medida de aseguramiento.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito que se radicó el 29 de abril de 2011 (fs. 1-7 c.1), el señor Pablo Alejandro Salah Abello, quien actúa a nombre propio y en representación de sus hijas menores Alejandra María y Gabriela María Salah Yunis, y la señora Magaly Margarita Abello Fuenmayor, mediante apoderado judicial (f. 8 c.1), presentaron demanda de reparación directa en contra de la Nación-Fiscalía General de la Nación-, para que se le declarara patrimonialmente responsable de la privación de la libertad que soportó el primero de los nombrados, entre el 21 y el 22 de mayo de 2004, en desarrollo de una investigación penal.

Los demandantes solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

La Nación-Fiscalía General de la Nación a través de la Dirección Nacional Administrativa y Financiera o quien haga sus veces o la represente al momento de la notificación de la admisión de la demanda, para que previo los trámites legales correspondientes, se concilien los daños, perjuicios materiales y morales ocasionados por la falla de la prestación del servicio por error jurisdiccional y/o judicial que fueron causados a mis representados por hechos y omisiones que le ocasionó la privación injusta de la libertad de Pablo Alejandro Salah Abello (f. 1 c.1).

Como fundamento fáctico de las pretensiones, se expuso lo siguiente:

El 12 de mayo de 2004, el DAS Seccional Atlántico conoció, a través de una denuncia, de irregularidades administrativas que ocurrían en la Lotería del Atlántico, concretamente, que varios de sus funcionarios modificaban el número de billetes de lotería devueltos por los distribuidores mayoristas.

El 21 de mayo de 2004, el DAS y la Fiscal Octava de la Unidad de Reacción Inmediata llevaron a cabo un allanamiento en la sede de la Lotería del Atlántico, para efectuar un conteo manual de los billetes devueltos por las distribuidoras Agecol y Patricia Fajardo Medina.

Ese día y en desarrollo del allanamiento, las autoridades detuvieron al señor Pablo Alejandro Salah Abello, así como a varios de sus compañeros en su condición de funcionarios de la Lotería, para que rindieran versión libre sobre los hechos que se investigaban.

Indicó la demanda que el señor Pablo Alejandro Salah Abello permaneció detenido en las instalaciones del DAS hasta el 22 de mayo de 2004, cuando suscribió acta de compromiso y recuperó la libertad.

El 25 y 26 de mayo de 2004, el demandante rindió indagatoria y cinco años después, en el 2009, la Fiscalía de conocimiento precluyó la investigación que se siguió en su contra por el delito de peculado por apropiación.

Se expuso en la demanda que la prolongación de la investigación fue injustificada y que, durante ese tiempo, el señor Pablo Alejandro Salah Abello sufrió perjuicios morales y tuvo que pagar honorarios a un abogado. Además, que su captura se publicó en los medios de comunicación, con lo cual se afectaron su reputación y buen nombre.

Finalmente, se afirmó en la demanda que la privación de la libertad que soportó la demandante debía calificarse de injusta, porque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que cuando una persona es absuelta porque no cometió el delito, como ocurrió en el caso concreto, sufre un daño que no está en el deber de soportar.

2. Trámite en primera instancia

La demanda fue admitida mediante auto del 11 de mayo de 2011 (fs. 50-52 c.1), el cual se notificó en debida forma a la entidad demandada (f. 53 c.1) y al Ministerio Público (reverso f. 52 c.1).

La Fiscalía General de la Nación contestó oportunamente la demanda y se opuso a sus pretensiones (fs. 55-61 c.1). Manifestó que no se le debía declarar responsable por la privación de la libertad que soportó el señor Pablo Alejandro Salah Abello, toda vez que ese hecho se produjo con el fin de recibirle indagatoria y solo se prolongó por unas horas el 21 de mayo de 2004.

Agregó que en ningún momento incurrió en alguna falla en el servicio y que, además, la investigación terminó por preclusión.

De otra parte, propuso el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad, con fundamento en que la investigación penal se inició por un informe del DAS que puso de presente las supuestas irregularidades en la Lotería del Atlántico.

Vencido el período probatorio dispuesto en providencia del 10 de octubre de 2011 (fs. 67-68 c.1), mediante auto del 12 de marzo de 2012 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo (f. 126 c.1). En esta oportunidad procesal las partes reiteraron lo expuesto en la demanda y en su contestación (fs.127-153 c.1).

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia del 14 de junio de 2012, profirió las siguientes declaraciones y condenas:

1. *DECLÁRESE (sic) que la Nación-Fiscalía General de la Nación, es responsable de los perjuicios causados a los demandantes en razón de la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor Pablo Alejandro Salah Abello, el día 21 de mayo de 2004 entre las 14:00 horas (2:00 pm) hasta las 9:30 p.m.*

2. *CONDÉNESE (sic) a la Fiscalía General de la Nación a pagar las siguientes condenas, por perjuicios morales:*

2.1. *La suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes para el año 2004, para el señor Pablo Alejandro Salah Abello.*

2.2. *La suma de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes para el año 2004, para cada una de las siguientes personas: Magaly Margarita Fuenmayor (madre de la víctima). Para cada una de las menores hijas del señor Pablo Alejandro Salah Abello: Alejandra María Salah Yunis y Gabriela María Salah Yunis la cantidad de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes para el año 2004.*

3. *ORDÉNESE (sic) que las cantidades resultantes de la liquidación de las condenas anotadas se indexen de acuerdo con la fórmula descrita en la parte motiva de esta sentencia.*

4. *Esta sentencia deberá ejecutarse en los términos señalados en los artículos 176 y 177 del CCA.*

5. *DENIÉGUESE (sic) las demás pretensiones de la demanda.*

6. *Sin costas (fs. 183-197 c.2).*

El Tribunal Administrativo de primera instancia declaró a la Fiscalía General de la Nación responsable por la privación de la libertad del demandante, porque estuvo detenido entre las 2:00 pm y 9:30 pm del 21 de mayo de 2004 por su posible responsabilidad en el delito de peculado por apropiación, investigación que terminó por preclusión, dado que no se demostró que hubiera cometido dicha conducta punible. Es decir, se configuró una de las hipótesis que permitía declarar la responsabilidad del Estado, desde un punto de vista objetivo, por la privación de la libertad de un ciudadano.

4. El recurso de apelación

La Fiscalía General de la Nación apeló la decisión de primera instancia. Señaló que la investigación penal que se adelantó en contra del demandante estuvo exenta de irregularidades, por lo que no podía declararse su responsabilidad bajo una falla en el servicio.

Agregó que el demandante nunca estuvo privado de la libertad como consecuencia de una medida de aseguramiento de detención preventiva, de ahí que no puede hablarse de que hubo una restricción de ese derecho imputable a la entidad.

También solicitó que se disminuyera la indemnización de los perjuicios morales por ser excesiva.

5. El trámite de segunda instancia

El Tribunal Administrativo de primera instancia concedió el recurso mediante auto del 14 de septiembre de 2012 (f. 237 c.2) y luego fue admitido por providencia del 9 de noviembre de ese año (f. 241 c.2). Posteriormente, a través del auto proferido el 24 de enero de 2013 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo (f. 243 c.2).

Solamente intervino la Fiscalía General de la Nación para reiterar lo expuesto a lo largo del proceso (fs. 245-253 c. 2).

II. CONSIDERACIONES

1. Prelación de fallo

La Sala decide el presente caso en virtud del acta No. 10 del 25 de abril de 2013, por medio de la cual la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado aprobó que los eventos de privación injusta de la libertad pueden decidirse sin sujeción al turno respectivo, pero respetando el año de ingreso del expediente al Consejo de Estado.

2. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el 14 de junio de 2012, habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y lo considerado por la Sala Plena del Consejo de Estado en auto de 9 de septiembre de 2008, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se encuentra radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración a la cuantía del proceso¹.

3. El ejercicio oportuno de la acción

¹ Auto del 9 de septiembre de 2008 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente: 11001-03-26-000-2008-00009-00. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 numeral 8 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, de la omisión, de la operación administrativa o de la ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

En tratándose de acciones de reparación directa por la 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 libertad en virtud de una medida de aseguramiento de detención preventiva².

En el presente caso la demanda se originó en los perjuicios que habrían sufrido los demandantes, como consecuencia de la privación de la libertad que soportó el señor Pablo Alejandro Salah Abello, por su posible responsabilidad en el delito de peculado por apropiación.

Como anexo de la demanda se aportó la copia auténtica de la resolución de preclusión de la investigación que la Fiscalía Diecisiete Delegada Unidad de Delitos contra la Administración Pública expidió el 30 de abril de 2009, a favor del señor Pablo Alejandro Salah Abello (fs. 13-27 c.1).

Así mismo, el Tribunal Administrativo de primera instancia decretó como prueba documental que se aportara al proceso la constancia de ejecutoria de la resolución de preclusión. Según la certificación que allegó la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Barranquilla, dicha circunstancia ocurrió el 9 de junio de 2009 (f. 181 c. 1).

De tal manera que el término para interponer oportunamente la acción de reparación directa se extendía hasta el 10 de junio de 2011.

Dado que la demanda se presentó el 29 de abril de 2011, resulta evidente que se hizo dentro del término de caducidad.

² Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias proferidas por esta Subsección:
-Providencia del 26 de agosto de 2015, radicado No. 200301473 01 (38.649), actor: Ómar Fernando Ortiz y otros, consejero ponente Hernán Andrade Rincón (E).
-Providencia del 25 de junio de 2014, radicado No. 199900700 01 (32.283), actor: Wladimiro Garcés Machado y otros, consejero ponente Hernán Andrade Rincón (E).

4. Legitimación en la causa

El demandante Pablo Alejandro Salah Abello fue la víctima directa del daño alegado en la reparación directa: privación de la libertad, por lo cual se encuentra legitimado en esta causa, por activa.

La legitimación de las demandantes Alejandra María Salah Yunis y Gabriela María Salah Yunis se deriva de la demostración de su parentesco de hijas del señor Pablo Alejandro Salah Abello, hecho que se acreditó con los registros civiles de nacimiento que se aportaron como anexos de la demanda (fs. 9-10 c.1).

La señora Magaly Margarita Abello Fuenmayor también se encuentra legitimada por activa, por la demostración de su parentesco de madre del señor Pablo Alejandro Salah Abello, hecho que se acreditó con el registro civil de nacimiento de este, que se aportó como anexo de la demanda (f. 12 c. 1).

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva, el daño que se invoca en la demanda provino de actuaciones de la Nación-Fiscalía General de la Nación-, de ahí que resultó acertado que la acción de reparación se interpusiera en su contra.

5. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala determinar si la privación de la libertad que soportó el señor Pablo Alejandro Salah Abello fue o no injusta.

6. Validez de los medios de prueba

Los documentos a los que se hará referencia de aquí en adelante obran en copia simple. Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia unificada de esta Sección³, resulta posible otorgarles valor probatorio porque no fueron tachados de falsedad por la contraparte.

7. La inexistencia de daño antijurídico

A pesar de que se demostró en el proceso que el señor Pablo Alejandro Salah Abello estuvo privado de la libertad con fines de indagatoria, en desarrollo de una investigación penal por el

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia proferida el 28 de agosto 2013, expediente radicación No. 050012331000199600659-01(25.022), consejero ponente: Enrique Gil Botero.

delito de peculado por apropiación, se trató de una restricción que no constituyó un daño antijurídico que deba ser indemnizado, como pasa a explicarse.

De acuerdo con las pruebas documentales que se aportaron con la demanda y en desarrollo del período probatorio, debidamente decretadas, se logró establecer que en la investigación penal que se adelantó en contra del señor Pablo Alejandro Salah Abello, por el referido delito, se adelantaron las siguientes actuaciones:

El 21 de mayo de 2004, miembros del DAS y de la Fiscalía Octava Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Barranquilla practicaron una inspección judicial en las instalaciones de la Lotería del Atlántico, para investigar supuestas irregularidades en el conteo de los billetes de lotería devueltos por los distribuidores. Así se registraron los hechos en la respectiva acta:

Una vez en este lugar somos recibidos por el señor (...) – jefe de Unidad Comercial de la Lotería del Atlántico, quien ubicó a esta comisión en las dependencias de la Oficina de Gerencia, con la finalidad de realizar el conteo físico de los billetes devueltos por las distribuidoras correspondientes al sorteo No. 3137 de abril 21 de 2004. Por tal motivo fue entregada a la señora fiscal las tulas debidamente selladas y rotuladas por la Lotería del Atlántico correspondientes al citado sorteo, procediéndose por parte de las unidades del DAS, con la dirección de la señora fiscal, al conteo de los respectivos billetes, arrojando esta operación diferencias en los totales registrados por el módem para la fecha del sorteo que habían sido procesados en disquete por el personal de sistemas y entregados a la Dirección de la Lotería del Atlántico como billetes devueltos y el conteo físico realizado a estos en el día de hoy, encontrándose un desfase en la relación enviada al módem por los distribuidores (...) se procede en resolución separada a la apertura de investigación sumaria en contra de los señores María Elena Moreno Gamarra, jefe de Control Previo, Walter Manuel Fernández Armella, coordinador de la Oficina de Sistemas, Pablo Alejandro Salah Abello, técnico en sistemas, todos funcionarios de la Lotería del Atlántico y Patricia Fajardo Medina, Jorge Antonio Restrepo de la Cruz y Edwin Vergara Paternina-distribuidores, librando orden de captura en su contra, por la posible comisión de los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por omisión, materializándose de inmediato en estas dependencias la captura de los funcionarios (...) (fs. 107-108 c. 1).

De la anterior transcripción se concluye que en desarrollo de dicha diligencia se detuvo a varios empleados y distribuidores, entre los que se encontraba el ahora demandante por su posible participación en el delito de peculado por apropiación y prevaricato por omisión. En resolución de esa misma fecha, la Fiscalía de Reacción Inmediata Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Barranquilla materializó la apertura de la instrucción y expidió la orden de captura en contra del demandante y demás sujetos, así:

Mayo 21 de 2004

(...)

De igual forma el hecho que funcionarios de la Oficina de Sistemas de esta entidad reportaran dos informes con cifras diferentes sobre el mismo dato, la misma noche de la diligencia de allanamiento indicando que se habían confundido al totalizar los valores porque no estaban acostumbrados a rendir estos informes de verificación después de los sorteos (...)

De igual manera, las declaraciones juradas recibidas en el curso de estas diligencias a los señores (...), Pablo Alejandro Salah Abello, técnico en informática, de las cuales se determinaron los siguientes aspectos: que la responsabilidad de la designación de las distribuidoras a quienes se les practicaría auditoría en cada sorteo, recaía única y exclusivamente en la jefe de Control Interno. Y que las cifras que se recibían vía módem y que luego eran presentadas a los diferentes entes de control eran emitidas por los funcionarios de sistemas y la devolución de billetería por parte de las distribuidoras era responsabilidad de las mismas, así como los datos que rendían en relación a esta devolución, situaciones estas que permiten al despacho determinar indicios serios de responsabilidad en contra de los señores (...) Pablo Alejandro Salah Abello (...) como posibles coautores del delito de peculado por apropiación (...) por lo que se procederá a ordenar la apertura de la instrucción contra los antes mencionados (...)

RESUELVE

(...)

4. Con fundamento en las diligencias adelantadas por el despacho dentro de la investigación, ordénese la vinculación de los señores María Elena Moreno Gamarra (...), Walter Manuel Fernández Armella (...), Pablo Alejandro Salah Abello, técnico en sistemas, todos funcionarios de la Lotería del Atlántico y de los señores Patricia Fajardo Medina, Jorge Antonio Restrepo de la Cruz y Edwin Vergara Paternina distribuidores de las agencias (...) en consecuencia líbrese orden escrita de captura (fs. 109-111 c. 1).

Se tiene certeza de que el demandante fue detenido el mismo día de la diligencia de allanamiento, 21 de mayo de 2004, porque obra en el proceso al acta de los derechos del capturado suscrita por él en esa fecha, a las dos de la tarde, así:

Derechos del capturado

Mayo 21 Hora 14:00

(...)

Firma del capturado:

Pablo Alejandro Salah Abello (f. 116 c. 1).

Según se desprende del acta de compromiso suscrita por el demandante, este recuperó su libertad a las nueve y media de la noche del 21 de mayo de 2004:

Mayo 21 del 2004. Hora 9:30 pm

Acta de compromiso que suscribe el señor Pablo Alejandro Salah Abello

(...)

Y comoquiera que el detenido ostenta la calidad de funcionario público se dará cumplimiento a lo estipulado en los artículos 347 y 348 del CPP, por lo que se ordena su libertad inmediata (f. 118 c. 1).

En este punto de la providencia resulta pertinente mencionar que en los hechos de la demanda se afirmó que el señor Pablo Alejandro Salah Abello estuvo detenido hasta el 22 de mayo de 2004 y no solo el 21, tal como se desprende del acta de compromiso que se acaba de transcribir.

De igual manera, según el testimonio rendido en primera instancia por el señor Walter Fernández Armella, otra de las personas que fue detenida con el demandante y a quien se le precluyó la investigación al mismo tiempo⁴, la restricción de la libertad se prolongó hasta el 22 de mayo de 2004 (fs. 98-100 c. 1).

Se encuentra discrepancia acerca de la fecha en la que el demandante fue liberado, dado que el acta de compromiso indica que ocurrió el 21 de mayo de 2004 en horas de la noche y el referido testigo que sucedió el 22.

La Sala se decanta por la información contenida en el acta de compromiso, porque se trata de un documento oficial que goza de presunción de autenticidad, en desmedro del relato de otro de los implicados en la misma investigación que se adelantó en contra del demandante, quien tiene interés en el resultado de este proceso, en vista de que sufrió la misma situación jurídica del señor Pablo Alejandro Salah Abello.

De tal manera que las consideraciones subsecuentes se harán bajo la lógica de que el demandante recuperó la libertad el 21 de mayo de 2004, en horas de la noche, el mismo día que se resolvió acerca de su vinculación a la investigación.

Retomando las actuaciones que ocurrieron en desarrollo de la investigación penal seguida en contra del demandante, este rindió indagatoria el 26 de mayo de 2004 y su situación jurídica se resolvió el 14 de septiembre de 2006, sin que se le impusiera medida de aseguramiento, según consta en una certificación expedida por la Fiscalía 59 Seccional de Barranquilla, que se decretó como prueba y que obra en el proceso (fs. 286-287 c. 2).

⁴ Se tiene certeza de que este testigo hizo parte de la misma investigación que se adelantó en contra del demandante, porque él mismo lo reconoció en la declaración y por el contenido de las decisiones de la Fiscalía que se transcriben en esta sentencia, en las cuales figura su nombre.

El 30 de abril de 2009, la Fiscalía de conocimiento expidió la resolución por medio de la cual calificó el mérito del sumario a favor del señor Pablo Alejandro Salah Abello y los demás implicados, al precluir la investigación por la inexistencia de los delitos investigados, providencia cuya copia se aportó con la demanda y que dice así:

Después de definida la situación jurídica de los sindicatos se mantuvo invariable el aspecto procesal de la investigación, es decir, no se allegaron elementos materiales probatorios que reforzaran los informes del DAS sobre la noticia criminal. Existían muchas falencias en el proceso de recibo de la billeteería no vendida por los agentes mayoristas, entre otras, que no realizaban el conteo de forma oportuna, como tampoco lo hacían a todas las agencias sino en forma selectiva y aleatoria. Como lo recomendó el señor (...) de la Oficina de Control Interno de la Lotería, que el método efectivo sería el de contar el físico con un lector óptico para que quede gravado en un medio magnético. Así mismo, se detectaron fallas en la logística y el recurso humano que era insuficiente para realizar el conteo físico, el cual se atrasaba hasta tres sorteos porque era manual y demorado por el gran volumen de los billetes devueltos.

Del material probatorio recaudado no podemos fincar resolución de acusación por no reunirse los presupuestos sustantivos que indiquen la existencia del hecho (...).

RESUELVE

PRIMERO: Proferir como en efecto se profiere resolución de preclusión de la investigación adelantada en contra de Pablo Alejandro Salah Abello, Walter Fernández Armella y (...), sindicatos del delito de peculado por apropiación (fs. 78-92 c. 1).

Con base en lo anterior, la Sala concluye que la privación de la libertad que soportó el señor Pablo Alejandro Salah Abello, por unas horas el 21 de mayo de 2004, para efectos de vincularlo a la investigación y que rindiera indagatoria el 26 de ese mes y año, no constituyó un daño antijurídico.

Se hará referencia a la Ley 600 de 2000, toda vez que bajo esa normativa se adelantó la investigación en contra del demandante⁵.

Los artículos 346⁶ y 348⁷ de dicha ley, señalaban que quien hubiera sido capturado “por cualquier autoridad” debía ser conducido inmediatamente, o a más tardar en el término de la

⁵ La apertura de la instrucción en contra del demandante ocurrió mediante providencia del 21 de mayo de 2004, fecha en la que todavía estaba vigente la Ley 600 de 2000. Ley 906 de 2004 empezó a regir para los delitos cometidos con posterioridad al 1 de enero de 2005, de acuerdo con su artículo 533.

⁶ *Quien sea capturado por cualquier autoridad será conducido inmediatamente, o a más tardar en el término de la distancia, ante el funcionario judicial competente para iniciar la investigación, a quien se deberá rendir informe sobre las causas de la captura.*

Si fuere un particular el que realiza la aprehensión, deberá colocarlo inmediatamente ante autoridad, quien tomará declaración juramentada del aprehensor sobre los motivos de la misma y procederá al trámite señalado en el inciso anterior.

Cuando por cualquier circunstancia no atribuida a la autoridad que conoció de la captura, el aprehendido no pudiere ser conducido inmediatamente ante el funcionario judicial, será recluso en la cárcel del lugar o

distancia, ante el funcionario judicial competente. De no ser posible, se le podría recluir en el establecimiento carcelario del lugar o en otro establecimiento oficial destinado para el efecto, con el fin de que *“dentro de la primera hora hábil del día siguiente”*, se pusiera a disposición de esta última autoridad.

Con todo, según el mencionado artículo 346, en ningún caso el capturado podría permanecer más de 36 horas a cargo de una autoridad distinta a la judicial (fiscal o juez de conocimiento).

El artículo 340 de la Ley 600 de 2000, establece que, producida la captura y conducido el capturado a la autoridad judicial competente, *“la indagatoria deberá recibirse en la mayor brevedad posible o a más tardar dentro de los tres días siguientes a aquel en que el capturado haya sido puesto a disposición del Fiscalía General de la Nación o su delegado. Este término se duplicará si hubiere más de dos (2) capturados en la misma actuación procesal y la aprehensión se hubiere realizado en la misma fecha”*.

Finalmente, el artículo 354 de la Ley 600 de 2000 dispone que se debía resolver la situación jurídica en los eventos en que fuera procedente la detención preventiva y que *“cuando la persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria, el funcionario judicial deberá definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, indicando si hay lugar o no a imponer medida de aseguramiento si hubiere prueba que la justifique u ordenando su libertad inmediata”*.

La misma norma indica que *“si el sindicado no estuviere privado de la libertad, el plazo para resolver situación jurídica será de diez (10) días contados a partir de la indagatoria o de la declaratoria de persona ausente. El Fiscal General de la Nación o su delegado dispondrán del mismo término cuando fueren cinco (5) o más las personas aprehendidas, siempre que la captura de todas se hubiere realizado en la misma fecha”*.

De otra parte, esta Subsección sostiene que cuando una captura con fines de indagatoria es revocada dentro de un proceso penal que precluye a favor de un investigado, la responsabilidad del Estado no queda comprometida de manera objetiva, sino que se debe analizar desde la perspectiva de la falla en el servicio derivada del incumplimiento de los presupuestos legales

en otro establecimiento oficial destinado al efecto, debiéndose poner a disposición de aquel dentro de la primera hora hábil del día siguiente, con el respectivo informe.

En ningún caso el capturado puede permanecer más de treinta y seis (36) horas por cuenta de funcionario diferente al Fiscal General de la Nación o su delegado, o el juez.

⁷ Artículo 348. Captura públicamente requerida. *Cualquiera podrá aprehender a la persona cuya captura haya sido públicamente requerida por autoridad competente. En estos casos, se aplicará lo dispuesto para las situaciones de flagrancia.*

necesarios para imponerla o por la inobservancia de los términos legales que deben correr una vez ocurre la detención con tales fines⁸.

En efecto, conviene precisar que la captura, como medida coercitiva para garantizar la efectividad de la diligencia de indagatoria, no transgrede el derecho a la libertad de protección constitucional (artículo 28) y convencional (Pacto Internacional de Derechos Civiles -artículo 12- y Políticos y Convención Americana de Derechos Humanos -artículo 22-), siempre que las autoridades civiles y judiciales acaten de manera estricta los términos y condiciones que la ley prevé para la procedencia y materialización de esa medida.

De tal manera que si se limita la libertad de un ciudadano con fines de indagatoria o porque supuestamente es aprehendido en situación de flagrancia, siempre que se acaten los términos legales previstos para tales actuaciones, la detención constituye una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado.

En lo que concierne a este caso, la Fiscalía que conoció de la investigación en contra del señor Pablo Alejandro Salah Abello procedió de acuerdo con los términos establecidos por la Ley 600 de 2000, según los artículos transcritos anteriormente.

La Fiscalía General de la Nación detuvo al demandante, por unas horas, el 21 de mayo de 2004, en desarrollo del allanamiento practicado a la Lotería del Atlántico, para vincularlo a la investigación. Su detención no desconoció los términos del artículo 346 de la Ley 600 de 2000, según el cual, materializada la captura, se debía conducir al capturado de inmediato, en el término de la distancia o dentro de la primera hora hábil del día siguiente -sin sobrepasar 36 horas- ante la autoridad judicial competente.

De otra parte, el ente investigador también acató el término para que el demandante rindiera la indagatoria el 26 de mayo de 2004, diligencia en la que no se le impuso medida de aseguramiento.

Dicha diligencia se llevó a cabo dentro del plazo que establecía el artículo 340 de la Ley 600 de 2000. Como el demandante fue detenido junto con más de dos personas, el plazo para que se llevara a cabo la indagatoria se duplicó a seis días e iba hasta el 27 de mayo de 2004,

⁸ En relación con el análisis de la responsabilidad del estado, desde la óptica de la falla en el servicio, en los casos de privación de la libertad con fines de indagatoria, ver las siguientes sentencias proferidas por esta Subsección:

Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A: -Sentencia del 12 de octubre de 2017, expediente número 18001-23-31-000-2003-00231-01(41527). Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez.

-Sentencia del 23 de junio de 2017, expediente número 73001-23-31-000-2008-00331-01(38825), proferida por la misma magistrada.

contabilizado desde el 22 de ese mes, día siguiente a su captura. Dado que la indagatoria se llevó a cabo el 26 de ese mes, ocurrió dentro del término legal.

En resumen, en el caso del señor Pablo Alejandro Salah Abello se cumplieron los plazos legales para vincularlo a la investigación y para oírlo en indagatoria, de ahí que la limitación de su libertad no fue injusta.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 354 de la Ley 600 de 2000 y como el demandante se encontraba en libertad, la Fiscalía del caso tenía hasta diez días desde la diligencia de indagatoria, que se completaron el 4 de junio de 2004, para resolver su situación jurídica.

Sin embargo, aunque el ente investigador resolvió la situación jurídica del demandante el 14 de septiembre de 2006, esto no supuso la prolongación indebida de su libertad porque ya la había recuperado antes de la diligencia de indagatoria.

Tampoco obran pruebas en el expediente que permitan dilucidar que la detención del demandante el 21 de mayo de 2004 se trató de una actuación arbitraria. De acuerdo con el acta de la diligencia de allanamiento a las instalaciones de la Lotería del Atlántico, la Fiscalía del caso contaba con elementos razonables para vincular a los encargados de esa entidad departamental de efectuar el conteo de los billetes a la investigación por el delito de peculado, entre quienes se encontraba el demandante.

En efecto, el ente investigador encontró diferencias entre la cantidad de billetes según los registros electrónicos y su número luego de contarlos físicamente. Esta inconsistencia llevó a la fiscal del caso a detener al actor y otros funcionarios, para vincularlos a la investigación por la mencionada conducta punible.

Respecto del señor Pablo Alejandro Salah Abello, se demostró en el proceso que fue dejado en libertad al cabo de unas horas luego de que se lo vinculara a la indagación, previa suscripción de acta de compromiso, para garantizar su comparecencia a las etapas posteriores, restricción que como se indicó, no fue injusta ni arbitraria.

De otra parte, en la demanda también se reprochó a la Fiscalía General de la Nación que hubiera prolongado la investigación por cinco años, tiempo durante el cual se perjudicó al demandante moralmente y porque tuvo que pagar honorarios de abogados.

Entiende la Sala que lo planteado por la parte actora es que el ente investigador habría incurrido en un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por mora judicial, al expedir tardíamente la Resolución del 30 de abril de 2009, por medio de la cual precluyó la investigación.

Según la jurisprudencia de esta Corporación, para efectos de determinar la responsabilidad del Estado derivada de la mora judicial, debe dilucidarse si ese retardo estuvo justificado o no, conclusión a la cual se llega luego de analizar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como se llevó el caso, el volumen de trabajo del despacho que tramitó el asunto y los estándares de funcionamiento de la Rama Judicial, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de procesos como aquel que sirve de fundamento a las pretensiones, punto de que debe analizarse desde la propia realidad de una administración de justicia con problemas de congestión y no desde un Estado ideal⁹.

Es pertinente recordar que el paso del tiempo no resulta suficiente para concluir que se presentó una mora judicial injustificada, de ahí que deban analizarse las condiciones de particulares del servicio de Administración de Justicia, en concreto de la jurisdicción a cargo del respectivo proceso, de los despachos encargados de su trámite, del tipo de proceso que se invoca como fundamento del *petitum* y de la conducta de las partes, con el fin de constatar si la tardanza constituye o no un defectuoso funcionamiento del servicio.

En este caso, de acuerdo con el artículo 393 de la Ley 600 de 2000, la calificación del sumario debía ocurrir, por tarde, dentro de los veintitrés días siguientes a la ejecutoria de la providencia que declaró finalizado el período de instrucción¹⁰. Y según el artículo 323 de la misma ley, el término de la instrucción no debía superar los veinticuatro meses cuando fueran más de tres sindicados, a partir de su iniciación¹¹.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, del 11 de mayo de 2011, expediente 22322, CP. Ruth Stella Correa Palacio, criterio reiterado por la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 26 de agosto de 2011, expediente número 27524, C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹⁰ **ARTÍCULO 393. CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN.** <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Cuando se haya recaudado la prueba necesaria para calificar o vencido el término de instrucción, mediante providencia de sustanciación que se notificará personalmente, la cual sólo admite el recurso de reposición, se declarará cerrada la investigación y se ordenará que el expediente pase al despacho para su calificación.

Ejecutoriada la providencia de cierre de investigación, se ordenará traslado por ocho (8) días a los sujetos procesales, para presentar las solicitudes que consideren necesarias en relación con las pretensiones sobre la calificación que deba adoptarse. Vencido el término anterior, la calificación se verificará en un plazo máximo de quince (15) días hábiles.

Los veintitrés días resultan de sumar los ocho días del traslado a las partes de la providencia de cierre de la investigación/instrucción, luego de la ejecutoria de esta, y los quince días para que el fiscal profiera la resolución de calificación.

¹¹ **ARTÍCULO 329. TÉRMINO PARA LA INSTRUCCIÓN.** <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> El funcionario judicial que haya dirigido o realizado la investigación previa, si fuere competente, será el mismo que abra y adelante la instrucción, salvo que se haya dispuesto su desplazamiento.

El término de instrucción no podrá exceder de dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha de su iniciación.

No obstante, si se tratare de tres (3) o más sindicados o delitos, el término máximo será de veinticuatro (24) meses.

Vencido el término de instrucción, la única actuación procedente será la calificación.

Según el recuento de las actuaciones penales de la investigación penal seguida en contra del demandante y sus compañeros que se hizo en esta sentencia, la instrucción inició el 21 de mayo de 2004, por lo que podía extenderse, por tratarse de más de tres sindicados, hasta el 21 de mayo de 2006¹².

La resolución de preclusión se profirió el 30 de abril de 2009, es decir, claramente vencidos los veintitrés días siguientes a la finalizado el período de instrucción que, en el caso del demandante, ocurrió por tarde, el 21 de mayo de 2006.

No obstante que la parte demandada incumplió el término para calificar el mérito del sumario del señor Pablo Alejandro Salah Abello, no obra en el proceso prueba que permita inferir que tal situación se presentó como consecuencia de un comportamiento negligente y deliberado de las autoridades penales que conocieron de las diligencias.

Lo cierto es que la parte actora no demostró en el proceso los elementos estructurantes de la responsabilidad del Estado por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, en tanto no acreditó que la tardanza en decidir el proceso le hubiera generado falla alguna, si se tiene en cuenta que no probó que ese hecho le hubiera causado dolor moral y tampoco el haber pagado honorarios a un abogado durante todo ese tiempo, como se precisará en el acápite siguiente.

Ante el hecho notorio de que la congestión judicial incide en la resolución de los asuntos de las autoridades jurisdiccionales, se concluye que en el presente asunto no le asiste responsabilidad patrimonial alguna a la parte demandada por la duración del proceso penal objeto de análisis.

8. Consideraciones probatorias adicionales

Con la demanda se allegaron: una imagen que, supuestamente, corresponde con la noticia televisiva de la captura del demandante (f. 124 c. 1), así como un recorte de prensa del diario El Heraldó, lo anterior con el objeto de demostrar una afectación al buen nombre y los perjuicios morales del señor Pablo Alejandro Salah Abello, porque su captura se publicó en medios de comunicación.

Esto dice el recorte de prensa:

Principales capturas en el 2004

¹² El dato acerca del tiempo máximo en que se pudo prolongar la instrucción se obtiene a partir de la fecha en que se inició la instrucción, cuya providencia obra en el proceso que se expidió el 21 de mayo de 2004. Se efectuó este razonamiento porque en el expediente no reposa la providencia que decretó la finalización de la instrucción.

(...) Pablo Alejandro Salah Abello (...) funcionarios de la Lotería del Atlántico por peculado por apropiación y un particular por patrimonio económico (f. 29 c. 1).

De conformidad con la sentencia de la Sala Plena de esta Corporación del 29 de mayo de 2012, la información que se publica en los medios de comunicación solo tiene la capacidad de demostrar el registro mediático de unos hechos, sin que, por sí sola, constituya un medio idóneo que acredite la veracidad y autenticidad de su contenido, por lo que su eficacia probatoria descansa en la conexidad que acredite con otros elementos probatorios que reposen en el plenario¹³.

La Sala no determinar si la imagen de la noticia televisiva corresponde al demandante ni algún otro aspecto que la relacione con él. Solo se trata la imagen de un señor que no se puede establecer quién es.

La publicación de El Heraldillo acerca de la captura del demandante por el delito peculado por apropiación no se reputa falsa, pues esta detención se demostró en el proceso mediante las distintas actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, puestas de presente con antelación.

Sin embargo, la sola publicación no constituye, en sí misma, prueba de algún perjuicio para los demandantes. No obra ningún otro medio de convicción que le hubiera dado el alcance perjudicial a la noticia de El Heraldillo, de acuerdo con lo que se indicó en la demanda.

Aquí debe mencionar la Sala que el testigo Walter Fernández Armella declaró en primera instancia que la publicación de dicha noticia *“fue desplegada con todos los graves perjuicios morales para el buen nombre del señor Salah Abello y de su familia (...) Por haber vivido toda esta tragedia juntos de principio a fin puedo decir que la mamá y la compañera, madre de sus hijas, se vieron muy afectadas en su salud y en su estado anímico por varios meses, al igual que las dos hijas”* (f. 99 c. 1).

¹³ *Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental. Sin embargo, en principio solo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez.*

En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas ‘(...) son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia’, y que si bien ‘(...) son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, providencia del 29 de mayo de 2012, exp. 11001031500020110-1378-00, M.P. Susana Buitrago Valencia.

Sin embargo, en virtud del interés que dicho testigo tiene en este proceso, tal como se expuso previamente, la Sala no le confiere mérito a su declaración para efectos de tenerla como prueba, por sí sola, del daño al buen nombre del demandante y de los perjuicios morales. Lo cierto es que no señaló en qué consistió esa afectación, es decir, cuáles fueron los hechos que el declarante habría conocido y cómo, que le permitieron inferir que el demandante habría sufrido una gran congoja, tristeza o dolor con esa publicación, dado que no resulta suficiente que solo lo hubiera afirmado.

Así mismo, aunque dicho testigo declaró que el demandante y él pagaron conjuntamente honorarios a un abogado en desarrollo de la investigación penal, se trata de una afirmación sin respaldo en otras pruebas como lo serían las documentales propias de ese tipo de contratos y que resultan necesarias para tener por demostrada dicha erogación. En el mismo sentido, no se acreditó en el expediente penal una actuación permanente de un abogado durante ese lapso. El testigo ni siquiera explicó la ciencia de su dicho, es decir, porqué le consta ese hecho.

Por último, la Sala debe referirse a unas providencias dictadas por la Contraloría Distrital del Atlántico y que se aportaron como anexos de la demanda. Se trata de la que ordenó archivar el proceso de responsabilidad fiscal que se adelantó en contra del aquí demandante y del varias veces mencionado testigo, por las supuestas irregularidades en la Lotería del Atlántico, así como la que la confirmó, al conocerla, en grado de consulta (fs. 34-45 c.1).

Tales decisiones no afectan el análisis que aquí se hizo acerca de la supuesta privación injusta de la libertad del demandante, dado que ellas no incidieron en la restricción o no de ese derecho, aspecto sobre el cual versó esta sentencia.

En conclusión, se debe revocar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones de la demanda.

9. Condena en costas

En vista de que no se observa temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo estatuido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, 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, Sub-Sección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCAR, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia, la sentencia proferida el 14 de junio de 2012 por el Tribunal Administrativo del Atlántico. En su lugar, se dispone:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN condena en costas.

Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría de la Sección **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA