



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia No.064

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	88-001-33-33-001-2020-00093-01
Demandante	Víctor Humanio Lever Duke y Otros
Demandado	Nación- Fiscalía General de la Nación y Otros
Magistrada Ponente	Noemí Carreño Corpus

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial de fecha 25 de abril de 2023, dentro del proceso iniciado por Víctor Humanio Lever Duke, Tracy Lever Manjarrez, Leydi Dallana Lever Hooker, Alain Lever Hooker, Castañedo Lever Duke, Wayne Demsey Lever Duke, Bierca Carmina Lever Duke, Gencer Abraham Lever Duke, Elda Janner Lever Duke, Federico Lever Duke, Marisol Pinina Lever Duke, Sulvia Lever Duke, Maria Merly Vinasco Rojas, Kevin Andrés Lever Vinasco, Jeinner Lever Vinasco y Víctor Iván Lever Vinasco , en contra de la Nación-Fiscalía General de la Nación, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRASE no probada las excepciones de mérito planteadas por las entidades demandadas.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Adviértase a las partes que contra la decisión procede el recurso apelación que deberá ser interpuesto dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, como lo prevé el artículo 247 del CPACA.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.”

II. ANTECEDENTES

- LA DEMANDA

Los señores Víctor Humanio Lever Duke, Tracy Lever Manjarrez, Leydi Dallana Lever Hooker, Alain Lever Hooker, Castañedo Lever Duke, Wayne Demsey Lever Duke, Bierca Carmina Lever Duke, Gencer Abraham Lever Duke, Elda Janner Lever Duke, Federico Lever Duke, Marisol Pinina Lever Duke, Sulvia Lever Duke, María Merly Vinasco Rojas, Kevin Andrés Lever Vinasco, Jeinner Lever Vinasco y Víctor Iván Lever Vinasco, en ejercicio del medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitaron se efectúen las siguientes declaraciones y condenas, así:

- PRETENSIONES

“En síntesis, la parte actora, conformada por el señor Víctor Humanio Lever Duke y su grupo familiar, persiguen la declaratoria de responsabilidad extracontractual estatal respecto a La Nación – Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia, por los daños causados por la privación de la libertad, que se asegura fue injusta, que sufriera con ocasión de su vinculación al proceso penal con radicado No.11001-60-01276-2011- 00110-00, capturado según orden judicial.

Pide se profiera sentencia condenatoria por los daños materiales e inmateriales causados a los demandantes con ocasión a la privación de la libertad del señor Víctor Humanio Lever Duke, los cuales se resumen seguidamente:

1.- Perjuicios morales: Para Víctor Humanio Lever Duke, Tracy Lever Manjarres, Leydi Dallana Lever Hooker, Alain Lever Hooker, María Merly Vinasco Rojas, Kevin Andrés Lever Vinasco, Jeinner Lever Vinasco y Víctor Iván Lever Vinasco, el equivalente a 100 smmlv, para cada uno. Y, para Castañedo Lever Duke, Wayne Demsey Lever Duke, Bierca Carmina Lever Duke, Gencer Abraham Lever Duke, Elda Janner Lever Duke, Federico Lever Duke, Marisol Pinina Lever Duke y Sulvia Lever Duke, el equivalente a 50 smmlv.

2.- Perjuicios materiales (lucro cesante): Teniendo en cuenta que al momento de la privación de la libertad el señor Víctor Humanio Lever Duke devengaba \$6.000.000.000, pide (\$200.000.000.00) así: para Víctor Humanio Lever Duke, \$100.000.000.00 y, María Merly Vinasco Rojas y Kevin Andrés Lever Vinasco, \$50.000.000.00, para cada uno.

3.- Intereses: Solicita se pague a los actores o a quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los intereses que se causen desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia y, con fundamento a lo dispuesto en el artículo 1653 del C.C., todo pago se imputará primero a intereses (...)

- HECHOS

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los hechos que a continuación se sintetizan así:

1. El día 13 de septiembre de 2011, fue capturado el señor Víctor Humanio Lever Duke en su residencia, por orden emitida por la Fiscalía 11 Especializada con sede en Barranquilla, por el punible de concierto para delinquir agravado, siendo puesto a órdenes del Juez de Control de Garantías, quien lo remitió a la Cárcel de Máxima Seguridad de Colombia (Boyacá).
2. El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja, quien asumió el conocimiento, mediante sentencia de fecha 19 de marzo de 2015, decidió absolver al demandante de los cargos endilgados ordenando de manera inmediata, la libertad incondicional.
3. El señor Víctor Lever Duke estuvo privado de la libertad por 3 años, 3 meses y 3 días (42 meses y 3 días).
4. La parte actora afirma que la medida de aseguramiento en centro carcelario impuesta al señor Victor Humanio Lever Duke, se tornó injusta, por cuanto, en el curso del proceso penal se probó que no participó en los hechos en los cuales resultó involucrado, por lo tanto, fue absuelto por el Juzgado de conocimiento, siendo confirmada la decisión en sede de apelación por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja - Sala Penal, en sentencia de P-066 fechada 3 de julio de 2018 y aprobada mediante Acta No.057 de 19 de junio de 2018, la cual cobró ejecutoria por la no interposición de recurso extraordinario de casación.
5. El núcleo familiar del señor Victor Humanio Lever Duke está compuesto por: la esposa, Maria Merly Vinasco Rojas, hijos: Tracy Lever Manjarrés, Leydi Dallana Lever Hooker, Alain Lever Hooker, Kevin Andrés Lever Vinasco, Jeinner Lever Vinasco y Víctor Iván Lever Vinasco; hermanos: Castañedo Lever Duke, Wayne Demsey Lever Duke, Bierca Carmina Lever Duke, Gencer Abraham Lever Duke, Elda Janner Lever Duke, Federico Lever Duke, Marisol Pinina Lever Duke y Sulvia Lever Duke.

SIGCMA

6. Indican que el núcleo familiar del señor Víctor Lever Duke, acudía con regularidad a visitarlo en el lugar de reclusión. Agrega que, quienes componen el núcleo familiar de quien estuvo privado de la libertad, han sufrido moral y materialmente por su privación.

7. Manifiestan que previamente a la imposición de la medida de aseguramiento, el señor Víctor Humanio Lever Duke percibía un salario mensual de \$6.000.000.00, trabajando como capitán de buque pesquero en la Isla de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de lo cual se aportan certificaciones laborales.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

El apoderado judicial del demandante cita como fundamentos de derecho los siguientes:

- Artículo 2º Inciso 2º y Artículo 90 de la Constitución Nacional.
- Artículo 86 del CCA, y la Ley 1437 de 2011.
- Jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B de 15 de noviembre de 2019.

Manifiesta que de conformidad con la norma contenida en el artículo 414 del CPP., para que quien demanda la indemnización tenga derecho a ella, se requiere que la detención haya sido injusta, la que presume que es injusta cuando a favor del detenido se haya dictado sentencia absolutoria definitiva, ejecutoriada, o su equivalente, es decir, cesación de procedimiento o preclusión de la investigación, o in dubio pro reo, por las siguientes razones: a) porque el hecho investigado no existió. b) porque el sindicado no lo cometió; y c) porque la conducta no constituía hecho punible.

Argumenta que reiteradamente el Consejo de Estado ha sostenido que para la prosperidad de la pretensión resarcitoria por perjuicios que se reclaman en contra del Estado, deben aparecer claramente acreditados en el expediente los siguientes elementos axiológicos:

- 1.- Un hecho que configure una falla en la prestación del servicio sea por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión, o ausencia del mismo.
- 2.- Un daño que configure lesión o perturbación de un bien jurídicamente tutelado;
- 3.- Un nexo causal entre la falla de la prestación del servicio a que la Administración está obligada, y el daño. Y demostrados los anteriores presupuestos deberá declararse la existencia de responsabilidad de la Nación.

- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

A través de apoderada judicial la entidad dio contestación a la demanda manifestando sobre los hechos, no constarles por lo que se atiene a lo que resulte probado en el proceso. Respecto de las pretensiones se opone advirtiendo que se debe observar la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014 del Consejo de Estado – Sección Tercera, asegurando que la Fiscalía General de la Nación, en el caso en estudio, actuó de conformidad con lo establecido en el artículo 250 de la Constitución Política, - Modificado por el Acto Legislativo 3/2002, art. 2º, disposición que se encuentra desarrollada tanto en la norma sustancial como procedimiento penal, el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, y demás normas concordantes y procedimentales vigentes para la época de los hechos.

Al efectuar el análisis sobre el daño antijurídico, concluye que el daño aludido en el caso sub lite, no está probado, y no puede ser probado porque todo el procedimiento realizado por las autoridades estatales que intervinieron desde la captura hasta la imposición de la medida de aseguramiento de privación de la libertad del hoy demandante, se ajustó a la Constitución Política, a la ley, y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Indica que pensar que cada vez que se precluya o absuelva en favor del indiciado o imputado de un delito, se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, sería tanto como aceptar que la Fiscalía General de la Nación no pudiera adelantar una investigación penal, ya que, los Fiscales estarían atados de pies y manos, sin autonomía, sin independencia, sin poderes de instrucción, sin libertad para recaudar y valorar las pruebas para el cabal esclarecimiento de los hechos punibles, y de sus

SIGCMA

presuntos autores, pues, las investigaciones penales siempre tendrían que culminar con sentencia condenatoria so pena de comprometer la responsabilidad patrimonial de la entidad. Una afirmación de tal naturaleza conllevaría a la denegación misma de la justicia, y a un flagrante desconocimiento de la potestad punitiva que tiene el Estado.

Explica que la fiscalía actuó en cumplimiento de un deber legal, de conformidad con el contenido normativo y finalidad de la Ley 906 de 2004, y en consecuencia no puede predicarse falla en el servicio atribuible a esta entidad, pues es en el Juez Constitucional de Control de Garantías en quien radica la obligación de emitir la decisión de imponer o no la medida solicitada, una vez escuchados los argumentos del Fiscal, Ministerio Público y la Defensa.

Manifestó que teniendo en cuenta que el proceso penal en el que se vio involucrado el demandante Víctor Humanio Lever Duke contaba con los elementos materiales probatorios (EM), la evidencia física, y la información legalmente recaudada de la que se infería, podía estar incurso en los delitos investigados, por lo cual el fiscal del caso consideró que se daban los requisitos exigidos por la ley procesal vigente, al considerar que era procedente la investigación, la imputación respectiva, la solicitud de medida de aseguramiento, atendiendo a lo preceptuado en los artículos 307, 308 y 310 numeral 2 de la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta que la orden de captura y la detención preventiva en contra del indiciado fue impuesta por el Juez de Control de Garantías de conformidad con los supuestos fácticos relatados en la demanda.

Advierte que en el caso en estudio no se cumple el imperativo legal de la responsabilidad objetiva por daño especial, porque el *in dubio pro reo* no está enlistado en los casos del ya derogado Artículo 414 del C.P.P., como argumento para aseverar que fue injusta la privación de la libertad del hoy demandante Víctor Humanio Lever Duke. Precisa que, si bien es cierto, el artículo 68 de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia señala que quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar del Estado la reparación de los perjuicios ocasionados; la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de febrero 5 de 1996, fijó los criterios para que esto proceda.

Para la entidad resulta claro a la luz de los criterios jurisprudenciales descritos y del análisis de las pruebas que son materia de este debate procesal, que la privación de la libertad del ciudadano Víctor Humanio Lever Duke por el delito de concierto

para delinquir, fue una decisión proferida dentro del marco de la ley represora, y tuvo como fundamento los Elementos Materiales (E.M), Evidencia Física e Informe de Campo allegados a la investigación penal, de las cuales teniendo en cuenta la valoración hecha por el Juez de Control de Garantías estuvo ajustada a la constitución, a la ley, y jamás fue injusta, desproporcionada o arbitraria.

Propone las siguientes excepciones:

1.- Inexistencia del daño antijurídico: Explica que, únicamente es injusta la privación de la libertad, cuando fue dictada ante la ausencia total de requisitos legales para el efecto, y de pruebas en contra del sindicado, pero si esta se dictó porque estaban dados los elementos de juicio para su procedencia y con el lleno de los requisitos convencionales, constitucionales y legales, aun cuando posteriormente el detenido resulte absuelto “sea cual fuere la causa”, la privación no se torna en injusta.

2.- Falta de legitimación en la causa por pasiva: La legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. La legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso. Con base en lo anterior, solicita se declare la excepción planteada en favor de la entidad demandada, petición que sustenta con base en los antecedentes jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado¹.

3.- Inexistencia de la relación de causalidad entre la actuación de la Fiscalía General de la Nación y el daño alegado: En términos de la teoría de la equivalencia de las condiciones, un comportamiento constitutivo de falla del servicio es causa del daño, en todo evento en el que ella esté presente como parte del conjunto de condiciones que intervinieron en su realización; en tanto que de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada o eficiente, sólo será causa del daño, la falla del servicio que se realiza en el resultado, esto es, la falla que al ser teóricamente suprimida, hace imposible explicar el resultado jurídicamente relevante.

¹ Consejo de Estado – Sección tercera sentencia 24 de junio de 2015 – exp. 38.524 C.P Hernán Andrade Rincón – Sentencia 26 de mayo de 2016, Exp: 41573

Por el contrario, la teoría de la causalidad eficiente tiene mayor acogida, especialmente en los eventos en los cuales se conoce la causa inmediata del hecho, pues en estas condiciones es posible realizar el ejercicio teórico de suprimirla para establecer cuál es la relevancia jurídica de las demás causas que intervinieron en su realización.

4.- Genérica y/o innominada: Solicita que se declare toda excepción cuyos presupuestos fácticos o jurídicos se determinen en el proceso a favor de la Nación.

Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

La apoderada judicial de la entidad demandada, al descorrer el traslado, manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda por falta de relación causal entre el daño alegado y la actuación desplegada por la entidad; para tal efecto refiere el contenido de los artículos 90 y 28 de la Constitución Política, artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y la sentencia de unificación SU- 072 de 5 de julio de 2018 de la Corte Constitucional.

Como razones de defensa expone que la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU- 072 de 5 de julio de 2018, señaló que en los términos del artículo 90 Constitucional y sentencia C-037 de 1996, el juez debe valorar si la privación de la libertad fue injusta y si es un daño antijurídico, lo que implica definir si la decisión que restringió la libertad fue proporcionada, razonable y conforme a derecho. En la referida sentencia de unificación se pronunció en lo referente al régimen de responsabilidad aplicable en privación injusta de la libertad, para destacar que: i) de ningún modo puede existir un régimen estricto, automático e inflexible de responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad²; ii) tratándose de casos donde sobrevenga la absolución del procesado porque no se desvirtuó la presunción de inocencia - principio de in dubio pro reo – o por atipicidad subjetiva de la conducta, entre otros, no puede juzgarse la responsabilidad del Estado bajo un régimen objetivo, sino que debe establecerse si la decisión que impuso la medida de aseguramiento de detención es inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, esto es, debe juzgarse bajo el régimen de

² Sentencia SU072 de 2018 “108. Lo anterior permite afirmar que establecer el régimen de imputación, sin ambages y como regla definitiva de un proceso de reparación directa por privación injusta de la libertad, contraviene la interpretación contenida en la sentencia C-037 de 1996 que revisó el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el cual debe entenderse como una extensión del artículo 90 superior, dado que así fue declarado en la correspondiente sentencia de constitucionalidad.”

responsabilidad subjetivo de falla del servicio³; iii) solo sería viable jurídicamente aplicar el régimen de responsabilidad objetivo en casos en que el hecho no haya existido o ante atipicidad objetiva⁴, pero en todo caso, siempre debe analizarse previamente la antijuridicidad del daño; iv) el régimen de imputación preferente es la falla del servicio o subjetivo, mientras que los demás de daño especial y riesgo excepcional u objetivos son residuales, y a éstos solo puede acudir cuando el régimen subjetivo resulta insuficiente para resolver el caso⁵; y v) en todos los casos debe el juez administrativo estudiar el expediente penal a efectos de valorar la conducta de la víctima de la restricción de la libertad, pues ésta puede tener la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado por irresponsabilidad administrativa⁶.

Señala que durante el transcurso del año 2020 la Sección Tercera del Consejo de Estado⁷, de forma paulatina y prácticamente uniforme⁸, ha venido sosteniendo que se debe incluir y realizar un análisis al estudio del caso en particular de forma obligatoria, a la luz de las sentencias de la Corte Constitucional C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estimando además una metodología común para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad, el cual estima el Alto Tribunal debe hacerse de la siguiente manera⁹:

“1. Se debe identificar la existencia del daño (la privación de la libertad del accionante); pero además debe estar acreditado el carácter antijurídico del supuesto daño

Destacándose que el elemento común que exige el artículo 90 de la Constitución Política es la existencia de un daño antijurídico y que la responsabilidad patrimonial se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación, frente a lo cual señala que, la sentencia C-037 de 1996 es consecuente con ese razonamiento a partir de la interpretación del artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que es la cláusula general de responsabilidad del Estado en lo que tiene que ver con la actividad judicial, en la que no se adscribió a ningún título de imputación específico.

³ 2 Ibidem: “106. 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.....”

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Después del referido fallo de tutela de fecha 15 de noviembre de 2019

⁸ A excepción de una Sala Dual del Consejo de Estado, integrada por los Magistrados Martín Bermúdez y Alberto Montaña Plata integrantes de la subsección b del Consejo de Estado

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá D.C., 21 de agosto de 2020 Naturaleza: Reparación directa Radicado:170012331000201000441 01 (47.047) Actor: Jorge Eliecer Chica Arango y otros Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro Consultar también Sentencia CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veinte (2020) Expediente no. Radicación no. Demandante: Demandado: Referencia: 45154 25000-23-26-000-2010-00392-01 Harvey Ricardo Hernández Castiblanco Nación – Fiscalía General de la Nación Reparación directa

SIGCMA

2. *Se debe analizar en todos los casos la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho*

3. *Debe aclararse, en todo caso, que la Sección Tercera del Consejo de Estado no descarta, de manera excepcional, la aplicación de la falla del servicio para la declaración de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Así lo ha declarado en asuntos en los cuales resulta evidente que se trata de una detención ilegal o arbitraria, en eventos de homonimia o cuando se trata de capturas realizadas para efectos de indagatoria, surtidas las cuales, no se dicta una medida de aseguramiento en contra del imputado en el término legal¹⁰.*

4. *En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico.*

5. *En todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad, analizada ésta desde la óptica civil.*

6. *Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.”*

Asegura que, la sentencia de constitucionalidad fijó los alcances del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en el sentido de “precisar y advertir que la privación de la libertad solo deviene injusta cuando ha sido consecuencia de una actuación o decisión arbitraria, injustificada, inapropiada, desproporcionada, irrazonable y transgresora los procedimientos establecidos por el legislador, es decir, solo en esos eventos el daño se torna antijurídico, por manera que no puede calificarse como tal la restricción de la libertad que se acompase a los presupuestos legales que la regulan”.

Agrega que se debe considerar que la finalidad y naturaleza de las medidas de aseguramiento, las cuales, son cautelas que tienen carácter preventivo, no sancionatorio, por consiguiente, la actuación que realiza el juez de control de garantías en modo alguno puede juzgarse bajo los mismos parámetros de valoración del que sí se pronuncia sobre la responsabilidad penal del procesado, esto es, el juez de conocimiento. que considerar la finalidad y naturaleza de las medidas de aseguramiento, las cuales, son cautelas que tienen carácter preventivo, no sancionatorio, por consiguiente, la actuación que realiza el juez de control de garantías en modo algu

¹⁰ Al respecto, entre otras múltiples de la subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pueden consultar las siguientes sentencias: 19 de julio de 2017, exp. 45466, 14 de septiembre de 2017, exp. 47800, 12 de octubre de 2017, exp. 48048, 1 de febrero de 2018, expedientes 46817 y 45146, 10 de mayo de 2018, exp. 45358, 5 de julio de 2018, exp. 47854, 19 de julio de 2018, exp. 52399, 27 de septiembre de 2018, exp. 52404.

no puede juzgarse bajo los mismos parámetros de valoración del que sí se pronuncia sobre la responsabilidad penal del procesado, esto es, el juez de conocimiento.

Indica que el daño no se torna antijurídico solo por la absolución de quien fue privado de la libertad con imposición de medida de aseguramiento, habida consideración de que el rol del juez de control de garantías es diametralmente distinto del que realiza el juez de conocimiento, pues es solo a éste último al que le compete realizar el juicio de responsabilidad penal del imputado; además, de considerarse que la actuación del juez de control de garantías es antijurídica por el resultado que tuvo el proceso (absolución, preclusión o desvinculación por cualquier cusa del proceso penal), pareciera concluir que la garantía de la libertad personal no admite restricción diferente a la condena penal, lo cual haría nugatorio el ordenamiento jurídico constitucional y legal que autoriza las medidas de aseguramiento.

Precisa que también debe tenerse en consideración que el juez de control de garantías está en el deber legal de imponer medida de aseguramiento cuando se cumplen los presupuestos convencionales, constitucionales y legales para ello, y de no hacerlo puede incurrir en prevaricato por acción. De manera que debido a que su decisión se funda en evidencia física, información obtenida legalmente o materiales probatorios que inicialmente la Fiscalía pone en su conocimiento, no se le puede exigir certeza sobre la responsabilidad penal del imputado, pues en esa etapa no cuenta con plena prueba ni con la totalidad del material probatorio que durante el proceso se recauda por parte de los sujetos procesales y que van a ser posteriormente valoradas por el juez de conocimiento, quien sí se pronuncia acerca de la responsabilidad penal del procesado.

Considera que resulta injusto que el actuar del juez de control de garantías sea cuestionado por la decisión que posteriormente adopte el juez de conocimiento, pues una y otra autoridad judicial emiten sus determinaciones en etapas y ante circunstancias fácticas y probatorias diferentes; de modo que la determinación del juez de conocimiento por sí sola no debe tener la virtualidad de desdeñar las razones fundadas y jurídicamente válidas que justificaron la medida de aseguramiento.

SIGCMA

Señala que es un daño legítimo y jurídicamente permitido la limitación del derecho a la libertad personal por la imposición de medidas de aseguramiento, puesto que se está en el deber de soportarlo, en beneficio del interés general y superior de la seguridad de la sociedad que, a su vez, justifica el ejercicio del poder punitivo del Estado e impone en cabeza de las autoridades judiciales el deber legal de restringir la libertad cuando se presenten conductas que atenten contra el orden jurídico o los bienes jurídicos de las demás personas.

Plantea como excepciones las siguientes:

1.- Falta de legitimación en la causa por pasiva: Señala que el resultado dañoso, es imputable a la actuación en cita y desde ya debe decirse, que se presenta carencia de responsabilidad frente a la Rama Judicial, por ausencia de nexo causal, en tanto, resulta evidente que la privación de la libertad del hoy demandante, desde el punto de vista de la causalidad material, fue producto de la actuación del ente investigador, situación que rompe el nexo de causalidad entre el acto jurisdiccional de privación de la libertad y el daño que se alega como irrogado.

2.- Falta de relación causal entre los hechos de la demanda y persona del demandado. Esta excepción resulta de estudiar la obvia relación que debe existir entre los hechos generadores del perjuicio, las personas que no estando obligados a soportar las cargas lo hacen convirtiéndose en directas perjudicadas y la persona que da origen al injusto que debe indemnizarse; para obtener un fallo que condene al pago de una indemnización por la ocurrencia de unos perjuicios. Es decir, para que la Administración Judicial o cualquier miembro del Estado o cualquier persona natural o jurídica sea condenada a la indemnización de perjuicios por la ocurrencia de un hecho dañino, es menester que además de demostrarse la ocurrencia del hecho generador del daño, se demuestren claramente los tres extremos de la relación causal, que no son otros que la relación entre el hecho causante del daño, la persona perjudicada con el hecho y la persona causante del hecho.

3.- Culpa exclusiva de la víctima: La apoderada sustenta la excepción en la postura de la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a la culpa de la víctima que exonera completamente al Estado cuando es demandado por la privación, al parecer, injusta de la libertad de un ciudadano el análisis de la conducta difiere completamente del campo penal, pues los efectos de la decisión que se profiere en ese ámbito no se transmiten al estudio de la acción de reparación directa, porque esta última es autónoma y con identidad propia.

4.- Hecho de un tercero: Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, el hecho del tercero debe revestirse de los requisitos de exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad para que pueda ser considerado como una causa extraña que pueda impedir la imputación. Agrega que, Lo anterior puede evidenciarse al realizar la revisión detallada del expediente penal que deberá ser incorporado a este expediente. En razón de lo anterior, solicita realizar un exhaustivo examen de la conducta desplegada por los agentes de la policía que rindieron el informe que dio inicio al proceso penal.

5.- La innominada. De conformidad con lo preceptuado en el CPACA., solicita se decrete aquella que el fallador encuentre probada.

- LA SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia proferida el 25 de abril de 2023, negó las pretensiones de la demanda.

El juez señaló que el problema jurídico consistía en determinar si la Nación – Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial son administrativa y patrimonialmente responsables de la totalidad de los perjuicios de orden moral y material causados a los actores como consecuencia de la privación de la libertad, que se asegura fue injusta, de la cual fue objeto el señor Víctor Humanio Lever Duke, ocurrida entre el 13 de septiembre de 2011 al 19 de marzo de 2015.

Previo el análisis de fondo, el A quo efectuó un recuento jurisprudencial respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado en la actividad de administrar justicia, especialmente en lo relativo al título de imputación denominado privación injusta de la libertad, en la cual encuadró el estudio del presente caso.

Hecho el análisis probatorio correspondiente, el a quo señaló que el daño se concreta en la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor Víctor Lever Duke durante el señalado periodo comprendido entre el 13 de septiembre de 2011 al 19 de marzo de 2015, no obstante, después de analizar las circunstancias que conllevaron a la imposición de la medida de aseguramiento, el A quo consideró que

la actuación de las demandadas a través de sus agentes (fiscal-juez), resultó adecuada y acorde a los elementos de prueba (indicios y de referencia).

Explicó que al adoptar la medida de aseguramiento se estableció su procedencia al cumplirse los requisitos contemplados en la normativa procesal penal, en concreto, los consagrados en el artículo 308 referidos a la existencia de una inferencia razonable de autoría o participación en la conducta delictiva pues el capturado fue señalado de pertenecer a una organización criminal, de ahí que la autoridad consideró que el indiciado constituía un peligro para la sociedad además de la necesidad de hacerle comparecer al proceso penal, con ello evitar que siguiera ejecutando actividades ilícitas.

Señaló que, si bien el afectado se vio beneficiado en el proceso penal por la decisión de absolución al aplicarse la duda en su favor, ello no hace que surja la antijuridicidad del daño alegado habida consideración que al momento de imponerse la medida de aseguramiento se cumplían los requisitos necesarios para su procedencia. En consecuencia, indicó que existió la privación de la libertad, pues la misma fue debidamente acreditada, no es menos cierto que no se demostró que dicha privación tuviese la connotación de injusta, como quiera que el afectado fue capturado y vinculado a una investigación penal que contó con los necesarios indicios para la medida de aseguramiento intramural, por tanto, en su consideración, ante la inexistencia de daño antijurídico se hizo innecesario la continuación del estudio, trayendo como resultado le denegatoria de las pretensiones de la demanda.

- RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante

La parte demandante, al sustentar su recurso de apelación, manifiesta que su inconformidad con la sentencia recurrida recae en la negativa del A quo en acceder a las pretensiones, transcribiendo apartes de la sentencia absolutoria de primera instancia dentro del proceso penal surtido contra el señor Víctor Humanio Lever Duke, que en su consideración debe ser tenida en cuenta para declarar la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. En razón de lo anterior, solicita que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia.

- **ALEGATOS**

Las partes guardaron silencio dentro de la oportunidad para alegar de conclusión.

- **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Guardó silencio dentro de la oportunidad procesal.

- **ACTUACIÓN PROCESAL**

Mediante sentencia No. 037-23 de fecha 25 de abril de 2023, el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, negó las pretensiones de la demanda.¹¹ La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra del mencionado fallo.¹² Mediante auto del 24 de mayo de 2023, se concedió el recurso de apelación interpuesto.¹³

Mediante auto de fecha veintiocho (28) de junio de 2023, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, admitió el recurso de apelación.¹⁴ Dentro del término legal para alegar de conclusión las partes guardaron silencio, así como el Ministerio Público.

III. CONSIDERACIONES

Previa la decisión que corresponde, procede la Sala a examinar los presupuestos de la acción:

- **COMPETENCIA**

Esta corporación es competente para resolver el recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹¹ Índice 40 expediente digital primera instancia.

¹² Índice 42 expediente digital primera instancia.

¹³ Índice 45 expediente digital primera instancia.

¹⁴ Índice 06 expediente digital segunda instancia

En este orden, corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de abril de 2023, por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

- 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, de modo que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño se encuentra legitimado 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.

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

Por activa

La Sala procede a dilucidar si los demandantes han demostrado interés para actuar.

El artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, otorga el derecho de acción a la persona interesada y no condiciona su ejercicio a la demostración de su real interés, porque éste es objeto de probanza en juicio, es decir, la legitimación por activa en la acción de reparación directa aparece en la persona por el sólo hecho de creerse lesionada.

Teniendo en cuenta lo anterior, se presentan como demandantes, Víctor Humanio Lever Duke, Tracy Lever Manjarrés, Leydi Dallana Lever Hooker, Alain Lever Hooker, Castañedo Lever Duke, Wayne Demsey Lever Duke, Bierca Carmina Lever Duke, Gencer Abraham Lever Duke, Elda Janner Lever Duke, Federico Lever Duke, Marisol Pinina Lever Duke, Solvia Lever Duke, Maria Merly Vinasco Rojas, Kevin

Andrés Lever Vinasco, Jeinner Lever Vinasco y Víctor Iván Lever Vinasco, quienes acreditaron su legitimación de hecho por activa.¹⁵

Por pasiva

Fueron citadas como demandadas la Nación – Fiscalía General de Nación, la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, quienes se encuentran legitimadas de hecho en la causa por pasiva, dado que se les hacen imputaciones de responsabilidad, por la actuación de agentes suyos que intervinieron en los hechos materia del proceso.

- CADUCIDAD

La Ley 1437 de 2011, respecto al término para la presentación de la demanda de reparación directa, consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.

En los casos en los que se alega la privación injusta de la libertad como fuente del daño indemnizable, el Consejo de Estado ha sostenido de manera reiterada que el cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa inicia desde el momento en el cual el sindicado recupera la libertad o queda ejecutoriada la providencia que determina la absolución de responsabilidad penal a favor del procesado o la preclusión de la investigación -lo último que ocurra-¹⁶.

¹⁵ Índice 03 expediente digital.

¹⁶ Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 15 de agosto de 2018 Rad. No. 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947)

En el presente caso tenemos que la sentencia absolutoria proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito de Tunja fue el día 03 de julio de 2018¹⁷, en virtud de que no existe en el expediente constancia de su fecha de ejecutoria, el término para demandar transcurrió, en principio, entre el 4 de julio de 2018 y el 4 de julio 2020. Por otra parte, la solicitud de conciliación extrajudicial fue radicada el día 28 de enero de 2020¹⁸, la audiencia de conciliación fue llevada a cabo el día 18 de marzo de 2020¹⁹.

Es del caso advertir que si bien el término de caducidad vencía hasta el 10 de octubre de 2020 y la demanda fue presentada el 20 de octubre de 2020²⁰ lo que en principio podría entenderse fuera del término, no obstante, debe tenerse en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura por motivos de salubridad pública por la pandemia Covid-19, mediante Acuerdo PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, prorrogado en los Acuerdos PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11546, PCSJA20-11532, PCSJA20-11556 y PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, dispuso la suspensión de los términos judiciales desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 30 de junio del año 2020, inclusive, exceptuando el trámite de acciones de tutela y habeas corpus. En razón de ello, la demanda fue presentada dentro del término oportuno.

- PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en determinar si se configura o no la responsabilidad extracontractual del Estado, en cabeza de las entidades demandadas, por la privación de la libertad de que fue objeto el señor Víctor Humanio Lever Duke en el periodo de tiempo comprendido entre el día trece (13) de septiembre de 2011 hasta el día 19 de marzo de 2015, bajo el título de imputación de privación injusta de la libertad.

Para ello, se hace necesario revisar los elementos que configuran la responsabilidad estatal, y en particular la responsabilidad por la privación de la libertad, a fin de

¹⁷ Fls. 2700-2821 cdno. Ppal exp. Digital.

¹⁸ Fls. 3310-3311 cdno ppal ., 7

¹⁹ Fls. 3320-3323 cdno. Ppal E.D.

²⁰ Índice 07 E.D.

determinar si en el caso concreto se encuentran debidamente demostradas y, en consecuencia, si hay lugar o no a la indemnización reclamada.

- TESIS

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia habida consideración que en el asunto bajo estudio se encuentra acreditado que la medida de aseguramiento impuesta por parte del juez de control de garantías resultó ser racional, legal, proporcional y necesaria en cumplimiento de los requisitos que fundamentaron la restricción del derecho de libertad de Víctor H. Lever.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La responsabilidad del Estado en la actividad de administrar justicia.

La Jurisprudencia ha distinguido como títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado administrador de justicia tres supuestos a saber: (i) el error jurisdiccional, (ii) el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y (iii) la privación injusta de la libertad. En el presente caso sólo se hará alusión a la privación injusta de la libertad, puesto que de conformidad con los hechos expuestos en la demanda los mismos podrían dar lugar a la configuración de este título de imputación de responsabilidad.

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado está obligado a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que sean ocasionados por las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas-cláusula general de responsabilidad, surgiendo así para quien se considere afectado ya sea por una acción u omisión de la administración y busque su resarcimiento la obligación de demostrar la antijuridicidad del daño alegado; y una vez demostrado este, se procederá al estudio de su imputación o no al Estado.

En este orden, en los casos de privación injusta de la libertad en virtud de una decisión judicial, en los cuales se constate la ocurrencia de un daño antijurídico, surgirá el deber por parte del Estado de responder patrimonialmente, ello de conformidad con la norma constitucional antes transcrita.

De la responsabilidad por privación injusta de la libertad

El artículo 68 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de Administración de Justicia, dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

Mediante la sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, la Corte Constitucional, efectuó el análisis, entre otros, del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en relación con los presupuestos para la privación injusta de la libertad y señaló la necesidad de examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental. Igualmente señaló que no resultaba viable la reparación automática de perjuicios a favor de personas involucradas en procesos penales en los que se afectaron sus derechos a la libertad.

Por su parte, el Consejo de Estado respecto a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad ha tenido varias líneas jurisprudenciales. Una primera, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el **error judicial**, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados. Posteriormente indica, que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención.

Una segunda línea señala, que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P.-*absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible*-, la responsabilidad es **objetiva**, por lo cual consideró que en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter injusto sino injustificado de la detención.

La tercera línea jurisprudencial, señala que el **criterio absoluto** conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, y asimismo, amplía en casos concretos el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos del artículo 414 del C.P.P., a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*.

Posteriormente, la Corte Constitucional dictó la sentencia SU-072 de 2018²¹, a través de la cual precisó 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 - estableció un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad, por lo que al operador judicial le corresponde determinar si la privación fue apropiada, razonable y proporcionada.

Asimismo, mediante sentencia del 15 de agosto de 2018²², la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su criterio frente a este tipo de casos; sin embargo, dicha providencia quedó sin efectos por vía de tutela²³, por lo que el 6 de agosto de 2020 se profirió el correspondiente fallo de reemplazo²⁴. Este último, si bien no se adoptó como determinación de unificación, recogió de manera enunciativa la más reciente jurisprudencia sobre la materia, particularmente la definida por la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 1996²⁵, en la que se sostuvo que en los casos de privación injusta de la libertad debía examinarse 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.

²¹ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas, exps: T-6.304.188 y T-6.390.556.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp: 46.947.

²³ Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, sentencia T-044 del 14 de febrero de 2022, M.P: Paola Andrea Meneses Mosquera, exp: T-8.263.898. ²³ Ver, entre otros, los siguientes fallos de tutela: (i) sentencia del 1º de octubre de 2021, radicación 11001-03-15-000-2021-05479-00, Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección C; (ii) sentencia del 18 de noviembre de 2021, radicación 11001-03-15-000-2021-07060-00, Sección Cuarta del Consejo de Estado; (iii) sentencia del 24 de mayo de 2021, radicación 11001-03-15-000- 2021-02039-00, Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección B.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 6 de agosto de 2020, C.P: José Roberto SÁCHICA Méndez, exp: 46.947.

²⁵ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

En ese orden de ideas, el alto tribunal aclara que, en cuanto a los efectos de las sentencias de unificación en el tiempo, tanto el Consejo de Estado²⁶ como la Corte Constitucional²⁷ han indicado que, por regla general, los cambios jurisprudenciales tienen efectos retrospectivos, por ende, se aplican a todos los casos pendientes de decisión en vía judicial y administrativa. Conviene agregar que, en múltiples fallos de tutela²⁸, se ha señalado que los operadores judiciales deben privilegiar la tesis jurisprudencial vigente al momento de resolver el asunto sometido a su consideración, argumento que ha servido de sustento para descartar la vulneración de derechos fundamentales en aquellas controversias en las que se alega el desconocimiento del precedente por no tener en cuenta la jurisprudencia imperante al momento de la presentación de la demanda o del fallo de primera instancia.²⁹

Aclarado lo anterior, la Sala estima que para determinar la responsabilidad patrimonial en el caso sub lite, es menester establecer si la imposición de la medida de aseguramiento resultó irracional, ilegal, desproporcionada o innecesaria, al margen de la decisión de fondo que se adoptó en el proceso penal, para lo cual conviene analizar los hechos probados dentro del proceso.

Hechos jurídicamente relevantes y probados en el proceso

De acuerdo con las pruebas que fueron legal y oportunamente allegadas al proceso, se tienen los siguientes hechos jurídicamente relevantes que se encuentran debidamente acreditados en el proceso del cual se tendrán en cuenta las pruebas que fueron recaudadas dentro del proceso penal que se surtió en contra del aquí demandante:

²⁶ Al respecto, se pueden consultar las siguientes providencias dictadas por esta Corporación: i) Subsección A, auto del 30 de julio de 2021, exp: 66.941 y ii) Sección Primera, sentencia de 29 de abril de 2021, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, exp: 2021-01372-00 (AC), entre otras.

²⁷ Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, sentencia T-044 del 14 de febrero de 2022, M.P: Paola Andrea Meneses Mosquera, exp: T-8.263.898.

²⁸ Ver, entre otros, los siguientes fallos de tutela: (i) sentencia del 1º de octubre de 2021, radicación 11001-03-15-000-2021-05479-00, Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección C; (ii) sentencia del 18 de noviembre de 2021, radicación 11001-03-15-000-2021-07060-00, Sección Cuarta del Consejo de Estado; (iii) sentencia del 24 de mayo de 2021, radicación 11001-03-15-000- 2021-02039-00, Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección B.

²⁹ 24 La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido: “Así las cosas, de conformidad con lo expuesto, para la Sala la providencia del veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019) no incurrió en un desconocimiento de la jurisprudencia unificada de esta Corporación. Por el contrario, el Tribunal aplicó la regla de unificación vigente y aplicable al momento de resolver el asunto sometido a su consideración, analizando la antijuridicidad del daño para encontrar acreditada la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Adicionalmente, debe indicarse que no resultan de recibo los argumentos de la parte actora dirigidos a afirmar que debió aplicarse la tesis prevista en la sentencia de diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), radicado 23.354, por ser esa la vigente al momento de presentar la demanda, pues, como lo ha indicado el Consejo de Estado, por regla general y salvo que de manera expresa se disponga lo contrario, los operadores judiciales deben privilegiar la tesis jurisprudencial vigente al momento de resolver el asunto sometido a su consideración, a efectos de salvaguardar valores superiores como la igualdad, la seguridad jurídica y la aplicación uniforme e inmediata del derecho” (sentencia del 25 de agosto de 2022, expediente No. 66.535, M.P. Nicolás Yepes Corrales).

1. Se demostró que en contra de Víctor Humanio Lever Duke fue adelantada investigación y proceso penal radicado bajo el No. 11-001-60-01276-2011-00110-00 por el delito de concierto para delinquir agravado.³⁰
2. El día 13 de septiembre de 2011, el señor Víctor Humanio Lever Duke y otros, fueron capturados en la Isla de San Andrés, quienes fueron presentados ante la Jueza Penal Municipal con Funciones de Control y Garantías Ambulante BACRIM de Barranquilla, la cual legalizó la captura e imputó los delitos de concierto para delinquir agravado por darse para narcotráfico (art.340 inciso 2º y 3º C.P) en calidad de coautor y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art.376 ib.)³¹.
3. Que el 16 de enero de 2012, la Fiscal 11 Especializada Delegada ante la Unidad Nacional contra Bandas Emergentes BACRIM sede Barranquilla, presentó escrito de acusación ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado del Distrito Judicial de Tunja (Boyacá), contra Víctor Humanio Lever Duke, entre otros, por el delito de concierto para delinquir agravado.³²
4. Mediante auto de fecha 06 de julio de 2012, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ordenó el cambio de radicación, por lo que el conocimiento correspondió al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tunja.³³
5. Los días días 16 de enero de 2013³⁴; 5 de febrero de 2013³⁵ y 24 de mayo de 2013³⁶, se llevó a cabo audiencia preparatoria, donde la Fiscalía dio cuenta de las pruebas recaudadas en contra del actor:

“
 - Informe ejecutivo FPJ 3 – 10 08-2011.
 - Informe de registro y allanamiento del inmueble de fecha septiembre 12 de 2011,
 - Informe FPJ 13 del 07-10- de 2011.

³⁰ Índice 02 Ex. Digital.

³¹ Fls.41 y ss. Anexo 2 E.D. y Carpetas CDS AUDIENCIA PENAL – cd 1 y 2 13 y 14 Sep 2011. E.D.

³² Fls. 95-119 cdno. ppal.

³³ Fls. 1197-1208 cdno. Índice 2 E.D.

³⁴ Fls.1209 a 1211 Índice 2 E.D.

³⁵ Fls.1329 a 1330 Índice 2 E.D.

³⁶ fls.1967 a 2000 1983 Anexo 2 E.D.

SIGCMA

- Formato de prueba de campo PIPH del 13 de septiembre de 2011, acta de incautación.
 - Reconocimientos fotográficos del 07-09-11 de "...VICTOR HUMANIO LEVER DUQUE".
 - Reconocimiento fotográfico 06-09-11.
 - Informe de investigador de campo FPJ 13 de fecha 29 de noviembre de 2011 y el informe de laboratorio FPJ 13 de 07-10-11."
6. Los días 3 y 4 de julio, 26-27 de noviembre de 2013, 11-12 de marzo, 1-2-3 de septiembre de 2014, 26-28 de enero y 16-18 de marzo de 2015, se surtió el juicio oral, en el cual el Juzgado Penal de Circuito Especializado de Tunja-Boyacá, dispuso el sentido de fallo absolutorio.³⁷
7. El 22 de abril de 2015, el Juzgado Penal del Circuito Especializado del Distrito Judicial de Tunja, dio lectura del fallo, en el que resolvió absolver a Víctor Humanio Lever Duke. La decisión fue apelada por parte de la Fiscalía.³⁸
8. Mediante sentencia No. P-066 del 03 de julio de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja – Sala de Decisión Penal, confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado del Distrito Judicial de Tunja.³⁹
9. Conforme a Certificado del INPEC de fecha 9 de diciembre de 2019, el señor Víctor Humanio Lever Duke estuvo privado de la libertad desde el 13 de septiembre de 2011 a 19 de marzo de 2015.⁴⁰

Del daño

En lo concerniente al *daño* como primer elemento de la responsabilidad, se puede definir como la modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir, no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga⁴¹.

³⁷ Fls. 2445-2452 cdno. No. 5, 2524-2526, 2593-2597, 2930 cdno No. 6, 3059-3062 cdno. ppal. E.D.

³⁸ Fls. 2933-3060 cdno. ppal. Índice 2 E.D.

³⁹ Fls. 2700-2821 cdno. Ppal. Índice 2 E.D.

⁴⁰ Fl.3298 Índice 2 E. Digitalizado

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B sentencia del 25 de abril de 2012, Rad. No. 05001-23-25-000-1994-02279 01(21861).

Para que dicho daño sea resarcible, la jurisprudencia ha señalado tres supuestos a saber: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, que no se limite a una mera conjetura, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.⁴²

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, el señor Víctor Humanio Lever Duke fue privado de la libertad en el lapso transcurrido entre el trece (13) de septiembre de 2011 y el diecinueve (19) de marzo de 2015, con ocasión de la orden de captura librada por el Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de la ciudad de Barranquilla el día siete (7) de septiembre de 2011.

A esta orden le fue impartida legalidad en audiencia de legalización de allanamiento y registro, captura, formulación de la imputación e imposición de medida de aseguramiento llevada a cabo los días trece (13) y catorce (14) de septiembre de 2011. Una vez surtidas todas las etapas procesales subsiguientes fue absuelto mediante sentencia de fecha 18 de marzo de 2015 y lectura de fallo 25 de abril de 2015, cuya libertad fue otorgada el diecinueve (19) de marzo de 2015⁴³. Se evidencia así, la existencia de un daño ocasionado a Víctor Humanio Lever Duke consistente en la privación de la libertad.

Ahora corresponde analizar si el daño es o no antijurídico, es decir, si el afectado estaba o no en la obligación de soportar dicho daño, esto es, la privación de su libertad en virtud de la medida de aseguramiento impuesta. Para ello, se verificará la conducta desplegada por Víctor Humanio Lever Duke que en consideración de la Fiscalía dio lugar a la solicitud de la imposición de la medida de aseguramiento.

De la privación de la libertad de Víctor Humanio Lever Duke

⁴² Consejo de Estado Sala delo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B sentencia del 25 de abril de 2012, Rad. No. 05001-23-25-000-1994-02279 01(21861).

⁴³ Fl. 3311ª cdno. ppal E.D.

SIGCMA

Con fundamento en las pruebas allegadas al plenario contentivo de la audiencia de legalización de allanamiento y registro, legalización de la captura, formulación de la imputación y solicitud de medida de aseguramiento y formulación de acusación, encuentra la Sala que la Fiscalía lo señaló de pertenecer a la organización criminal denominada “*los rastros*”, de la cual fungía como financista. Sustentó su investigación con los testimonios de Malka Everest Villar, Alexander Sauza Jiménez y Wilson Ocampo Salgado, quienes estuvieron al frente de la investigación y relatan cual fue el objeto de la misma y los testimonios de Fayladis Gaviria Ramos, Darin José Aguilar Valderamar, Mario Diaz Molina y Ubaldo González, quienes rindieron testimonio respecto al accionar de las dos organizaciones criminales “*los paisas*” y “*los rastros*”.

En el curso del proceso penal la Fiscal 11 Especializada Delegada ante la Unidad Nacional contra Bandas Emergentes BACRIM, formuló imputación a Víctor Humanio Lever Duke, entre otros, por los delitos de concierto para delinquir agravado, prevista en el artículo 340 inciso 2º y 3º del C.P., a título de coautor. Señalando lo siguiente:

“Lo tenemos como financista del grupo los rastros, de acuerdo con lo que ha manifestado Fayladis Gaviria Ramos en entrevista del 15 de agosto de 2011, es uno de los que promocionó o validó la entrada del grupo los rastros a la ciudad de San Andrés, por eso se tiene como financista. Igualmente, el señor Darin José Aguilar en entrevista de 4 de agosto de 2011, en su entrevista nos dice que usted señor a quien se conoce como tico lever está en el mismo nivel prácticamente de “Madison”, de “casco” y de “los mellos”; en entrevista de 23 de agosto de 2011, Mario Javier Diaz Molina, dice que el grupo, inicialmente con el grupo de chiqui o el que denominamos los paisas, que él era uno de los jefes de ese grupo, se reunían en la finca de él, del señor Tico Lever, se reunían allá con el fin de cuadrar cuentas de cobro del envío de drogas, es decir que podemos llegar a pensar que el señor Víctor Humanio Lever Duke, inicialmente promocionaba al grupo “los paisas”, tal como lo dije en la reseña inicial en la Genesis. Posteriormente, parece que se cansó del grupo los paisas y con los demás miembros que también señalé, decidieron hacerle la invitación y financiar la presencia del grupo los rastros en el departamento de San Andrés o en la ciudad de San Andrés.”⁴⁴

En la audiencia se indicó contar con reconocimiento fotográfico del señor Víctor Humanio Lever Duke por parte de Mario Javier Diaz Molina, Darin José Aguilar Valdelamar y Fayladis Gaviria Ramos.

Seguidamente, solicitó que se le impusiera medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, conforme lo establecido en

⁴⁴ (Audio No.1 - minuto 9:30 a 1:01:34 Continuación Audiencia 14 de septiembre de 2011)

los artículos 296, 306, 308, 310, 312 y 313 numerales 3º y 4º del C.P.P., por considerarla necesaria, proporcional, razonable y adecuada.

“(…)porque de los elementos materiales probatorios, evidencia física y demás información legalmente obtenida por la Fiscalía, se infiere razonablemente que los imputados pueden ser coautores o partícipes de la conducta punible imputada y teniendo en cuenta además la modalidad y gravedad de las conductas punibles imputadas, constituyendo los imputados un peligro para la seguridad de la comunidad y la misma resulta necesaria, adecuada, proporcional y razonable para los fines de la medida de aseguramiento y porque los delitos por el que se prosigue comporta esta clase de medida de aseguramiento (...)”⁴⁵

En tal sentido, la Jueza de Control de Garantías impuso la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, bajo los siguientes argumentos:

“Para establecer la imposición de la medida de aseguramiento bástese a la fiscalía presentar los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, estos elementos de conocimiento que se presentan y se someten a que sean controvertidos por la defensa, tienen como fin sustentar la necesidad de imposición de medida de aseguramiento mas no demostrar la responsabilidad penal. No es el momento ni permite un debate probatorio sobre la responsabilidad del acusado en un momento anterior al juicio oral sino que asegura las garantías procesales de la defensa en armonía con el artículo 29 de la Constitución Política y los tratados de derechos humanos y que esto permite el ejercicio de contradicción sobre ese aspecto de la necesidad de la medida de aseguramiento, es conocida como la detención preventiva, pero constitucionalmente así está establecida que tiene un carácter preventivo mas no sancionatorio y con esta se busca es asegurar la comparecencia del presunto o presuntas personas vinculadas al proceso o cuando exista un indicio grave de responsabilidad comparezca efectivamente al proceso y no escape a la acción de la justicia. (...) al realizar un juicio de justificación de la medida establezca para decretarla si se cumplen algunos de los requisitos además de las circunstancias objetivas.

Para el juez decretar la medida de aseguramiento cuenta con elementos materiales probatorios y evidencias físicas recogidos y asegurados o la información obtenida legalmente y de ello puede inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga siempre que se reúna o se cumpla alguno de los requisitos. Si bien es cierto la medida de aseguramiento en este estadio procesal constituye una primera herramienta jurídica natural de las actuaciones, tiene su alcance en la Constitución para asegurar la comparecencia del presunto infractor de la ley penal, así como asegurar la conservación de la prueba y la protección de las víctimas, estas son una de las finalidades que justifican la medida de aseguramiento y que afecta la libertad personal, pero no es caprichosa ni arbitraria, pues es constitucionalmente permitida siendo transitoria toda vez que responde como carácter preventivo, para que durante los términos racionales dentro del proceso judicial se pueda adoptar una decisión respecto de las personas vinculadas del proceso sin vulnerar el principio de la presunción de inocencia, igualdad, ni el debido proceso ya que la restricción no es absoluta, pudiéndose decretar la libertad.

⁴⁵ (Audio No.1 - minuto 9:30 a 1:01:34 Continuación Audiencia 14 de septiembre de 2011)

Para tomar la decisión de imposición de la medida de aseguramiento se exige para el juez atendiendo las políticas criminales y que hace alusión la fiscalía como requisitos subjetivos, ya que de los elementos que presenta establece que se presentan las circunstancias de inferencia razonable autoría mínima que se requiere para solicitar la medida de aseguramiento ya que señala y se observa un informe que policía judicial le rinde a la fiscalía, varias declaraciones recibidas de la que señala la defensa no existe por parte de fiscalía una autorización. Empero, la fiscalía puede recibir estas declaraciones, ya que en su labor de investigación puede utilizar todos los medios cognitivos que puedan llevar a establecer que evidentemente estas declaraciones analizadas en conjunto ofrecen serios motivos para establecer razonablemente que existe una organización denominada los rastros y la cual alguno de ellos son los presuntos integrantes de ella, es lo que presenta la fiscalía dentro de este radicado. No hay que perder de vista que la inferencia es una deducción lógica de esos elementos, inferir es una mera probabilidad de autoría, no está plenamente demostrado una responsabilidad el cual se surte en el juicio para ser sometido en el ejercicio de la contradicción, entonces en nada impide que estos elementos sean dados por testigos de oídas que señalan situaciones que no se compaginan con el delito de concierto para delinquir, en modo alguno se puede concebir dicha circunstancia, pero en este estadio se debe tomar en conjunto todas la declaraciones que se rindieron, pues son declaraciones de personas allegadas o parientes de las víctimas y testigos cercanos que identifican como presuntos integrantes a la banda los Rastros e igualmente que algunos se encuentren detenidos. No le asiste razón a este despacho que esta inferencia razonable pueda ser rechazada o rebatida, pues no le asiste a este despacho llegar a considerar que el hecho de que una persona este procesada se piense que esté recibiendo un beneficio y si así fuera tampoco se considera que lo expresado sea mentira, toda vez que los hechos expresados fueron verificados punto a punto. Se habla de situaciones que dieron lugar a que se iniciaran investigaciones y que se revisaran procesos y determinar que los hechos ocurrieron. Igualmente hubo búsqueda en bases de datos de celulares, se pudo verificar e identificar de donde provenían los alias los cuales coincidían con las identificaciones de las personas del cual se encontraban vinculadas a hechos, no es de tajo quitarle a todos estos elementos que fueron producto de una labor investigativa que se hayan presentado, lo cual lleva al despacho a inferir una mera probabilidad que es lo suficiente que se exige para una medida provisional y que posiblemente con posterioridad se han dado los casos que los interesados con otros elementos puedan desnaturalizar la medida.

Pero bástese al juez establecer si se estructuran las circunstancias objetivas que señala la ley para establecer si es suficiente con esta información legalmente obtenida y con estas evidencias inferir razonablemente la autoría o participación. Este despacho no puede desconocer que así se dan las circunstancias para decretar la medida. (...) Dándose los presupuestos de que los delitos a los que se les endilgó concurso ameritó una detención preventiva de acuerdo con el artículo 313 CPP (...). La inferencia razonable de autoría se encuentran los elementos de la deducción lógica que se pueda inferir que los señores aquí indiciados son presuntos coautores de la conducta de concierto como señala la señora fiscal, que su inocencia se mantiene incólume, que en ningún momento se está violentado esa circunstancia, que no es el momento que se permita un debate probatorio, porque lo que se permite aquí nada más es una mera probabilidad, puesto que solo se estudia si la medida pueda decretarse y que se reúna alguno de los requisitos. La fiscalía señaló dos: del peligro para la seguridad de la sociedad y la víctima. Es lo que la doctrina ha llamado el riesgo de reiteración o protección a la comunidad desarrollados en el artículo 310, que en la Ley 1453 de 2011 le agregó algunos

numerales atendiendo la política criminal que pretende salvaguardar la seguridad de la comunidad. Se habla de un delito pluriofensivo como es el concierto para delinquir, suficiente para establecer la gravedad por la modalidad de esta conducta punible. Además debe ser valorado por el juez si se cumplen los fines constitucionales y la finalidad de la detención preventiva señalados en los artículos 308 y 310 CPP. Además podrá valorarse otras circunstancias que permiten soportar este juicio de justificación y finalidad de la medida de aseguramiento, la probable vinculación a una banda criminal, la naturaleza de los delitos y la existencia de una sentencia condenatoria vigente para uno de ellos, considera el despacho que se cumplen los requisitos subjetivos de que habla el artículo 308 CPP ya que se reúne el hecho de que el peligro para la sociedad si estamos hablando de un delito de concierto y que de acuerdo a las declaraciones de los testigos que señalan como se fueron dada cada una de estas actividades que es probable que no comparecerán al proceso y que no cumplieran, el riesgo de fuga atendiendo la modalidad de la misma.

(...)

En consecuencia a lo expresado el despacho accede a la petición de la fiscalía y decreta la medida de aseguramiento consistente en la privación de la libertad en establecimiento carcelario a los imputados quienes se encuentran plenamente identificados e individualizados en las audiencias realizadas (...) **Victor Humanio Lever Duke**, conforme lo establecido en el artículo 307 literal a) porque de los elementos probatorios allegados y evidencia física se infiere razonablemente que los imputados pueden ser probables coautores o partícipes de la conducta punible imputada, teniendo en cuenta además la modalidad de la gravedad de la conducta constituyéndose luego de las apreciaciones que hiciera este despacho que la libertad de los imputados representan un peligro para la seguridad de la comunidad por lo que la medida resulta necesaria, proporcional, adecuada y razonada para los fines de la medida de aseguramiento por que los delitos que se prosigue comportan esta modalidad de medida de aseguramiento (...)"

La Fiscalía expuso en el escrito de acusación como hechos jurídicamente relevantes, los siguientes: ⁴⁶

“Es de conocimiento público que las bandas criminales surgen posteriormente a la promulgación de la ley de justicia y paz a favor de las Autodefensas Unidas de Colombia donde a pesar de la desmovilización de los diferentes frentes, algunos de ellos volvieron a tomar las armas haciendo alianzas con narcotraficantes y grupos de pandillas juveniles de barrios.

Ahora bien, en cuanto a la presencia de la banda criminal “los Rastrojos”, en el Departamento de San Andrés, esta se originó a raíz de la invitación que hicieron, mediante contacto con gente del interior, los señores Smith Pomare, Lever, Madison y Palma, entre otros, a fin de hacerle contrapeso al grupo BACRIM “Los Paisas”, quienes ya se encontraban en el departamento ejecutando homicidios selectivos, extorsiones, vacunas de 500 dólares por cada kilo de cocaína que sacaran al exterior hacia Centro América, haciendo presencia para el año 2009 aproximadamente.

La presencia de este grupo trajo como consecuencia una serie de delitos como es el de homicidios selectivos, en especial contra miembros del grupo *los paisas* y de esa forma apoderarse de las rutas del narcotráfico, ya que es bien sabido que San Andrés es uno

⁴⁶ Fls.147 a 171 Anexo 2 E.D.

Expediente:88-001-33-33-001-2020-00093-01
Demandante: Victor Humanio Lever Duke y Otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Rama Judicial
Medio de Control: Reparación Directa

SIGCMA

de los departamentos predilectos por estos, pues sirve como fuente para conectarse con los países centroamericanos, situación que realizan mediante lanchas tipo Go-Fast.

Durante la investigación se logró determinar que dentro del grupo de más de 20 personas, existe una jerarquía como cualquier empresa, hay jefes financistas, jefe de grupos, logísticos que ordenan y gente que cumple con las órdenes tratándose de más de 20 personas, que cada 10, 15 o 30 días se reúnen y se dedican a la materialización de homicidios selectivos mediante la modalidad de sicariato, extorsiones o cobros de vacunas, amenazas, desapariciones de la población civil, tráfico de estupefacientes de armas y como en toda banda criminal cambian de teléfono para evitar su localización. Las armas las guardan en diferentes lugares.

Situación fáctica que nos lleva a colegir que estamos frente al delito de concierto para delinquir agravado de acuerdo con el artículo 340 inciso 2º porque se reúnen los elementos del tipo para adecuarlo, como es la existencia permanente y estable de una organización (grupo de personas intervengan) con objetivos diversos y que se pueden determinar cómo delictivos (plurisubjetivos) al mismo tiempo conocemos que los miembros de dicha organización se hayan organizado voluntariamente (acuerdo o convenio) con un objetivo común y cumpliendo cada uno un rol dentro de la organización, como es principalmente poner en peligro la seguridad pública, a través de una serie de delitos indeterminados, logrando también atentar contra bienes igualmente protegidos por el legislador, como es la vida y la integridad personal, libertad individual, patrimonio económico, orden económico, medio ambiente, salud pública etc., es decir, el concierto es agravado, por cuanto su actividad apunta a cometer delitos de lesa humanidad tales como desapariciones forzadas, desplazamientos, homicidio, terrorismo, narcotráfico, extorsión, tráfico y porte de arma personal y de uso privativo de las fuerzas militares.

La imputación estuvo dirigida a presuntos miembros del grupo criminal “los rastros” haciendo referencia a las siguientes personas Erick Stephens Quesada alias negro coordina actividades, es logístico, tramita información; Luis Carlos Márquez Meléndez alias luchin, es informador, el encargado de transportar el dinero y la droga; Juan Sebastián Giraldo García, alias Sebas, quien se tiene como logístico, ya que es el encargado de organizar el envío de la droga a Centro América y demás países; Manfred Eusebio Webster Archbold, alias Manfred, es financiero de la organización, es capitán de una lancha; **Víctor Humanio Lever Duque, alias tico Lever o el tío que se tiene como financista de la organización**; Edgar Francisco Hudgson Fox alias Edgar, se tiene como sicario y es la mano derecha de Madison; José Antonio James Forbes, alias el ocho, quien es logístico maneja la lancha de chepo donde se saca la droga; Jeferson Pereira Hooker alias pepe, se tiene como contador de la banda coordina las cuentas de la mercancía y del transporte; Luis Poncharelo Gaitán Tovar alias cocu, cogu o cuquis, es el logístico en el sentido que es el encargado de recibir los sicarios del interior (caravanas) y marca a la gente a quien se le va a ocasionar la muerte y extorsionar; Oscar Luis Gómez Pedroza alias el mello del cocal o carita de mujer, se tiene dentro del cuerpo como sicario, Héctor Ávila alias melón, es sicario dentro de la organización y Donaire Rafael Cobo García alias Donald, quien se tiene como sicario, fueron judicializados el día 14 de septiembre de 2011, en el sentido de legalizar la captura, la imputación y solicitar medida de aseguramiento, por tal motivo se le imputó como presunto coautor del delito que se adecúa típicamente en el Libro Segundo Título XII Delitos contra la Seguridad Pública, Capítulo Primero del Concierto, el Terrorismo, las Amenazas y la Investigación y la Instigación y Sancionado como Concierto para Delinquir Agravado que trata el artículo 340 inciso 2º.
(...)” (negrilla de la Sala)

En el juicio oral el día 22 de abril de 2015, el Juez Penal del Circuito Especializado del Distrito Judicial de Tunja⁴⁷, indicó:

“14. VICTOR HUMANIO LEVER DUKE

Dentro del escrito y audiencia de acusación como hechos relevantes se lo señaló de ser integrante de la organización criminal denominada “rastros”, cuyo rol o papel desempeñado al interior del organismo es fungir como “financista de la organización”, cargo que se repitió en la solicitud de condena.

Las Pruebas que se traen en su contra son las siguientes:

Declaración de Mario Javier Díaz Molina quien afirma que durante el tiempo que estuvo con la organización los paisas trabajando para Juan Carlos, con ellos está el señor Tico Lever, a quien identifica como Víctor Humanio Lever Duke, ya que el pagaba impuestos. Que Tico Lever tenía una finca donde se la pasaba con sus muchachos, donde se reunió con su jefe el Chiqui, y él se quedaba afuera mientras hablaban, en otras ocasiones acompañó a Charles a la misma finca para hacer conteos de drogas, e inclusive en esa ocasión hubo un desacuerdo con la droga. Agrega que la organización lo que hacía era cobrar impuesto por la salida de droga y quien no pagaba lo mataban, y aclara luego en el contrainterrogatorio que el cobro no era voluntario y si no pagaban las consecuencias la decidía su Jefe Juan Carlos, que al señor Tico le cobraban una plata que no debía y le quitaron el dinero.

La declaración de este testigo no permite esclarecer que el señor Víctor Humanio era integrante de la organización “los rastros”, en calidad de financiero, si bien la misma permitiera entrever que formó parte de la Organización “Los paisas”, dicho hecho fáctico no serviría para proferir condena por concierto para delinquir, toda vez que se estaría afectando el principio de congruencia, pues tal como se expuso en anterior oportunidad la situación fáctica por la que acusa la fiscalía debe estar en consonancia con los hechos probados, y si éste testigo afirma que Víctor Humanio pagaba impuesto a la organización los paisas, se reunía con su patrón y coordinaba embarques de droga con el grupo, ello lo haría responsable de concierto para delinquir por formar parte del grupo delictivo denominado paisas, evento muy diferente a ser jefe financiero de otra organización conocida como los rastros, por lo que se deberá compulsar copias para que la fiscalía investigue este preciso evento delictivo.

En efecto, vemos como la fiscalía al estructurar los hechos en la acusación indicó claramente que el arribo del grupo “Rastros” a la isla de San Andrés se originó por la invitación que entre otros hiciera el señor Lever, para entrar en guerra y desplazar a los “Paisas”, lo que colocaría al señor Víctor Humanio Lever Duke en condición de Promotor y financiador de la existencia de los “rastros” en la isla, siendo su reproche aun mayor, y lo colocaría en los linderos del inciso 3 del art 340, si es éste hecho relevante el que la fiscalía enrostra a través de su escrito, no se podría condenar porque en el pasado formó parte de otra organización delictiva que ahora combate con un nuevo grupo criminal, serían hechos diferentes y conductas punibles autónomas.

La referencia que hace el testigo en el sentido que el señor Víctor Humanio después de pagar impuesto a los paisas le pagaba a los rastros, en un hecho que no le consta al testigo puesto que deja entrever que dicha información era contada por su jefe Juan Carlos alias el chiqui, el cual en su condición de condenado es a quien corresponde venir a declarar sobre ese hecho específico, por lo que al constituir una manifestación de referencia no puede ser considerada por principio de legalidad.

Hurley, referente a Tico Lever, a quien no identifica plenamente y señala simplemente de ser hermano de Casco Lever, expone que asistía a reuniones con casco, cocu, Macua, Pocho, Ronald y Luchin de quien era comandante porque hacía cumplir órdenes y se dedicaba a narcotráfico y desapariciones forzadas, éste desprestigiado y cuestionado testigo, nunca indica de manera clara porqué le consta que Tico Lever

⁴⁷ Fls.2900 a 3039 Anexo 2 E.D.

pertenece a los rastros, habla de reuniones en la gallera, sin precisar qué temas abordaron, y cuando se lo requiere para que precise si presencié alguna actividad ilícita de Tico Lever, manifiesta que no, por lo que dicho testimonio no aporta nada, además que su credibilidad es cuestionable por lo expuesto en los acápites anteriores.

Fayladis Gaviria manifiesta que Víctor Humanio trabajaba de taxista y de la noche a la mañana resultó con plata, por lo que supone se dedica al narcotráfico, porque que ella sepa no se ha ganado una lotería, en lo que atañe a esta testigo se observó que no le consta nada directamente, y basa sus suposiciones en los bienes que poseía el señor Víctor y lo que comentaba la gente, no siendo por ende de recibo sus manifestaciones.

El testigo Danovis Muñoz, manifiesta que no conoce a Víctor Lever y respecto a la entrevista anterior asegura que desfiguraba dado que el nunca hablo de Víctor Lever sino de Víctor Rivero Cota.

De esta manera las pruebas aportadas por la fiscalía no permiten, llegar al conocimiento más allá de la duda razonable, conforme a la imputación fáctica propuesta, de que Víctor Humanio Lever Duke, es coautor del delito de concierto para delinquir agravado al pertenecer al grupo criminal conocido como “rastros” en el rol de financista del mismo, pues no se probó que financiara o concertara la financiación del grupo criminal los rastros conforme al inciso 3 del art 340 ni tampoco perteneciera al organismo de acuerdo al inciso segundo del art 340, manteniéndose incólume al respecto la presunción de inocencia por lo que de proceder a proferir sentencia absolutoria.”

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja – Sala de Decisión Penal, en sentencia No. P-066 de 3 de julio de 2018⁴⁸, confirmó lo decidido por el a-quo, señalando lo siguiente:

“Para la Sala la hipótesis que traza la fiscalía respecto a que VICTOR LEVER fue uno de los auspiciadores de la llegada de los Rastros a la Isla no está probada, se quedó en una especulación carente de asidero; en cambio, si obran testimonios que indican, unos porque les consta – MARIO DIAZ MOLINA y otros porque lo oyeron FAILADIS GAVIRIA y HURLEY HERNANDEZ – que era uno de los narcotraficantes de la isla que venía siendo extorsionado por la banda los Paisas.

“Puntualmente MARIO DIAZ MOLINA reseña dos episodios de cobro de esas extorsiones ejecutadas a VICTOR LEVER y a ALEX CABEZA, por embarques de droga controlados por los Paisas al mando de alias el CHIQUI y la manera en que se ejercía el control de la salida de la mercancía ilegal para que se pagara a la banda criminal el valor por ellos impuesto. Incluso refiere que en el embarque de droga que pudo ver era cumplido por JEFERSON PEREIRA en un bote de propiedad de VICTOR LEVER, quien hizo el control en representación de los Paisas fue su ultimado hermano y se detectó que la cantidad embarcada era superior a la declarada, lo cual ocasionó el reclamo correspondiente que fue zanjado en una reunión entre el CHIQUI y TICO LEVER en un predio de este último. Igualmente da razón del cobro a ALEX CABEZA de la suma de \$35.000 dólares por cuenta de esas operaciones y del control que le hicieron a un embarque de este sujeto que se hizo en un inmueble cuidado por JOSE JAMES FORBES.

En síntesis, del análisis de la información suministrada por DIAZ MOLINA queda claro: I) que lo depuesto por él corresponde a acciones de las que conoció durante su militancia en la banda criminal los paisas; ii) que VICTOR LEVER era coaccionado a pagar ese “impuesto” que esa agrupación ilegal había fijado por cada kilo de droga traficado; y iii) que con la llegada de los Rastros VICTOR LEVER dejó de pagar el tributo a los Paisas y empezó a pagarlo a aquellos otros.

⁴⁸ Fls. 2675 a 2789 Anexo 2 E.D.

Expediente:88-001-33-33-001-2020-00093-01
Demandante: Victor Humanio Lever Duke y Otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Rama Judicial
Medio de Control: Reparación Directa

SIGCMA

En ese contexto es que no es posible condenar a VICTOR LEVER DUKE ni a su lugarteniente JEFERSON PEREIRA HOOKER por concierto para delinquir con ocasión a su participación en las actividades criminales de la banda los Rastrojos porque de ese accionar no se tienen probanzas, pues MARIO DIAZ MOLINA sabe lo asociado al accionar de los Paisas, que fácticamente es otro actuar y lo ocurrido después con los Rastrojos es algo de lo que no se conoce más que especulaciones como las que hace FAILADIS GAVIRIA o HURLEY HERNANDEZ.

Igualmente debe advenir la Sala que lo detectado no es propiamente una concertación de VICTOR LEVER con los cabecillas de los paisas para cometer delitos indeterminados con conjunción de esfuerzos, sino el sometimiento de este al poder extorsivo de ese grupo; de modo que esos dineros que pagaba para que le permitieran desarrollar su actividad irregular no era una contribución o financiación a esa causa, que es lo que se penaliza como acción en el tipo de concierto para delinquir, sino simple y llanamente una extorsión, que por irregular que resulte la actividad que desarrolle el extorsionado no deja de ser lo que es: una extorsión.

Por esas razones la Sala mantendrá la absolución dictada a favor de estos dos acusados VICTOR LEVER y JERFERSON PEREIRA HOOKER....”

(...)

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR íntegramente la sentencia proferida el 22 de abril de 2015 por el Juzgado Único Penal Especializado del Circuito de Tunja, por medio de la cual absolvió a, VICTOR HUMANIO LEVER DUKE.....”

Una vez efectuado el análisis del proceso penal surtido contra Víctor Humanio Lever Duke, la Sala observa que el juez de conocimiento efectuó un análisis probatorio distinto al trazado en las audiencias de control de garantías, toda vez que, la absolución declarada por los operadores judiciales devino del estudio probatorio surtido dentro de la etapa procesal pertinente, sin que se hubiese puesto en evidencia alguna arbitrariedad en la imposición de la medida de aseguramiento, motivo por el cual es necesario examinar si la decisión adoptada en tal sentido por el juez de control de garantías atendió a los principios de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, pues no se puede perder de vista que los requisitos para adoptar esa determinación no son los mismos que los previstos para trascender al juicio oral.

La Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal, respecto a la solicitud requisitos y procedencia de la medida de aseguramiento dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 306. SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.”

“ARTÍCULO 308. REQUISITOS El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”.

“ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

En ese orden de ideas, la autoridad judicial debe tener en cuenta para la imposición de medidas de aseguramiento la posible participación del imputado en la comisión del delito, junto con otras circunstancias relacionadas con su impacto en la sociedad y la potencial obstrucción o afectación del proceso. En este caso se demostró que Víctor Humanio Lever Duke fue capturado con posterioridad a las investigaciones realizadas por la Fiscalía con ocasión a la presencia de bandas criminales en la isla de San Andrés, como “los paisas” y “los rastrojos”.

Asimismo, se recibieron entrevistas como las de Mario Javier Díaz Molina, Darin José Aguilar Valdelamar y Fayladis Gaviria Ramos, quienes vinculaban al señor Víctor Humanio Lever Duke al actuar delictivo de concierto para delinquir, toda vez que, afirmaron que este fue uno de los auspiciadores de la llegada de “los rastrojos” a la Isla, siendo uno de sus financiadores. De igual modo, se recaudaron elementos materiales probatorios y evidencias como informes, fotografías y reconocimientos que le permitían inferir razonablemente al juez de control de garantías la participación del procesado en

SIGCMA

bandas criminales, circunstancias estas que genera una mera probabilidad de autoría, dado que en dicha instancia no se permite un debate probatorio sobre la responsabilidad del acusado, por cuanto es hasta la etapa preparatoria que resuelve respecto del acervo probatorio y su análisis hasta el juicio oral.

Es del caso reiterar que, la decisión de absolución por parte del Juez Penal Especializado del Circuito de Tunja, confirmada por el Tribunal Superior del Distrito de Tunja, no dio cuenta de irregularidades en la imposición de la medida de aseguramiento, sino que partió de la valoración probatoria respecto de elementos que permitían controvertir el análisis efectuado al inicio del proceso, para predicar la “duda razonable”, pues, el juez de control de garantías al momento de imponer la medida de aseguramiento, aborda de manera diferente el análisis de los elementos probatorios que presenta la Fiscalía, sin que de este se pueda concluir que haya sido ilegal o irregular hasta el momento.

La Sala no pierde de vista que el juez penal de conocimiento estimó que no habían pruebas que permitiera acreditar la vinculación del señor Víctor Humanio Lever Duke con el grupo delincuencia “los rastros”; sin embargo, esa circunstancia no impone el análisis del caso desde la óptica del régimen objetivo, sino porque el fundamento de la decisión tuvo que ver más con apreciaciones del operador judicial y con su valoración probatoria del caso que con inexistencia de la situación fáctica relatada por la Fiscalía, en tanto la presencia de las personas y el entorno en que se produjo su captura es un tema que no fue descartado y frente al cual no se estableció que fuera falso lo manifestado por el ente acusador.

Es así que, bajo las condiciones y la información suministrada al juez de control de garantías al momento de imponer la medida de aseguramiento permitía inferir razonablemente la posible participación del señor Víctor Humanio Lever Duke en el delito imputado, esto es concierto para delinquir, conducta que supone, entre otras cosas, que se obstruya el ejercicio de la autoridad judicial, un peligro para la sociedad y que el imputado no comparezca al proceso, motivo por el cual la detención se tornaba procedente.

En tal sentido, la Sala considera que la decisión tendiente a la restricción de la libertad del señor Víctor Humanio Lever Duke tuvo sustento legal y el delito, esto es, concierto para delinquir, por el que se llevaría a cabo el juicio tornaba la medida como racional,

SIGCMA

proporcional y necesaria, indistintamente a que al final se hubiera proferido sentencia de absolución en su favor.

En conclusión, si bien es cierto el proceso penal surtido contra Víctor Humanio Lever Duke resultó con sentencia absolutoria a favor del imputado, al juez de lo contencioso administrativo no le corresponde determinar si esa decisión fue acertada o no, sino que su análisis se debe limitar a los requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento, los cuales, en criterio de la Sala, se cumplían y justificaban la decisión proferida por el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control y Garantías Ambulante BACRIM de Barranquilla. Como consecuencia de lo anterior, la Sala concluye que la medida de aseguramiento se ajustó al ordenamiento jurídico y ello implica que el demandante no sufrió una privación injusta de la libertad.

En conclusión, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 25 de abril de 2023, por encontrarse que la medida de aseguramiento se ajustó al ordenamiento jurídico.

- CONDENA EN COSTAS

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará en costas a la parte demandante, para lo cual, atendiendo las pautas señaladas en el numeral primero del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016, emitido por Consejo Superior de la Judicatura, y atendiendo la naturaleza, calidad y duración de la gestión desplegada en esta litis por el extremo favorecido (Artículo 2º ibídem), se fijará en este proveído como monto de las agencias en derecho el equivalente a un (1) S.M.L.M.V

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Expediente:88-001-33-33-001-2020-00093-01
Demandante: Victor Humanio Lever Duke y Otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Rama Judicial
Medio de Control: Reparación Directa

SIGCMA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de fecha 25 de abril de 2023, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Fijar las agencias en derecho en la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que la providencia fue discutida y aprobada en Sala de decisión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

JESÚS G. GUERRERO GONZÁLEZ

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-33-33-001-2020-00093-01)

Código: FCA-SAI-06

Versión: 01

Fecha: 14/08/2018

Firmado Por:

Noemi Carreño Corpus
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 003 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jose Maria Mow Herrera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 002 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2034f6f03af31c604d07a71ef573e159a2ac9cfc091297aa7b51dbe455a7597d**

Documento generado en 17/10/2023 10:10:32 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>