



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá, D.C, doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020).

Referencia	1100133310372011-00226 01
Sentencia	SC3-2008
Acción:	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	JOSÉ DEL CARMEN CUESTA NOVOA y otros
Demandado	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS
Tema	Chuzadas del DAS. Interceptaciones, seguimientos, entre otras conductas ilegales. No se acreditó el hecho dañoso por parte del demandante. Carga de la prueba. Valoración de pruebas por parte del a quo.

Procede la Sala a proferir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso de reparación directa instaurado por el señor **JOSÉ DEL CARMEN CUESTA NOVOA y otros** Contra el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS.**

I. ANTECEDENTES.

1. La Demanda.

En demanda del 25 de abril de 2011, los señores JOSÉ DEL CARMEN CUESTA NOVOA, PIEDAD LUCÍA RAMÍREZ ARIZA quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos MARÍA MARGARITA ROSA CUESTA RAMÍREZ Y JOSÉ FRANCISCO CUESTA RAMÍREZ, JOSÉ DEL CARMEN CUESTA FRANCO, RICARDO JAIR CUESTA NOVOA, HENRY MANUEL CUESTA NOVOA Y NELSON JOSÉ CUESTA NOVOA, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron la declaratoria de responsabilidad de la Nación- Presidencia de la República- Departamento Administrativo de Seguridad DAS, siendo sus pretensiones las siguientes:

“ PRIMERA: que se declare que la Nación Colombiana- Presidencia de la República, Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), son responsables solidaria y administrativamente por los daños y perjuicios, tanto materiales como patrimoniales, morales y daño extramatrimonial (perjuicios o daños subjetivos y vulneración a los derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, a la libre expresión y pensamiento, a la tranquilidad y la familia) ocasionados a JOSÉ DEL CARMEN CUESTA NOVOA, PIEDAD LUCÍA RAMÍREZ ARIZA, MARÍA MARGARITA ROSA CUESTA RAMÍREZ, JOSÉ FRANCISCO CUESTA RAMÍREZ, JOSÉ DEL CARMEN CUESTA FRANCO, RICARDO JAIR CUESTA NOVOA, HENRY MANUEL CUESTA NOVOA Y NELSON JOSÉ CUESTA NOVOA, por las interceptaciones ilegales ordenadas por la Nación- Presidencia de la

República y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que despertaron sentimientos de persecución, intranquilidad, zozobra, y trastornos mentales y por tanto perjuicios materiales, morales y extramatrimoniales a los demandantes.

SEGUNDA: como consecuencia de la declaración anterior, se obligue a la Nación Colombiana- Presidencia de la República, Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a pagar a todos y cada uno de los demandantes por concepto de daños o perjuicios morales subjetivos, lo siguiente:

[a todos los demandantes 100 SMLMV]

La liquidación de perjuicios morales se hará con base en el salario mínimo mensual legal vigente, con la ejecutoria de la sentencia.

TERCERO: Que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad de la Nación Colombiana- Presidencia de la República- Departamento administrativo de Seguridad (DAS) se obligue a pagar a todos y cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios materiales o patrimoniales los que se demuestren en el curso del proceso padecidos y futuros por los demandantes.

La condena de perjuicios materiales se hará en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el proceso, ajustadas a la fecha de ejecutoria de la sentencia que imponga. Igualmente pagar los intereses compensatorios de la suma que por este concepto se imponga, desde el día 22 de febrero de 2009 hasta la fecha de ejecutoria de la providencia. Coetáneo a lo anterior, los demandados pagaran los intereses moratorios sobre la suma condenada desde la ejecutoria de la sentencia hasta el día anterior al que se verifique efectivamente el pago.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad de la Nación Colombiana- Presidencia de la República, Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) se obligue a pagarle a todos y cada uno de los demandantes por concepto de daño a la vida en relación y/o daño a sus condiciones de existencia (daño proyecto de vida) (...)

[a los demandantes 100 y 50 SMLMV]

La liquidación por concepto de Daño a la Vida en Relación o daño al proyecto de vida de los demandantes se hará con base en el salario mínimo mensual legal vigente, con la ejecutoria de la sentencia.

QUINTA: Las sumas a que resulta condenada la Nación Colombiana- Presidencia de la República- Departamento administrativo de Seguridad (DAS) serán actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del CCA y se reconocerán intereses legales liquidados (...)

SEXTO: Se obliga a la Nación Colombiana- Presidencia de la República- Departamento administrativo de Seguridad (DAS) acorde con el derecho internacional y el avance de la jurisprudencia en las órdenes nacional e internacional a adoptar medidas para obtener una verdadera REPARACIÓN INTEGRAL, cuyos componentes son al restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

SÉPTIMA: La Nación Colombiana- Presidencia de la República- Departamento administrativo de Seguridad (DAS) darán cumplimiento a las decisiones en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso administrativo.

OCTAVA: que se condene a la parte demandada al pago de honorarios de abogado y costas del proceso. "

Como fundamento de las pretensiones se expuso que el señor José Del Carmen Cuesta Novoa ha sido reconocido como dirigente político y social, quien ha militado en el Polo Democrático Alternativo, destacándose como actor político y social, especialmente desde la dirección de la Fundación Cultura Simón Rodríguez, quien es miembro fundador y primer director y presidente.

En vista de la publicación de la revista semana titulada " el DAS sigue grabando", los demandantes se enteraron el 22 de febrero de 2009, de las interceptaciones que le estaban realizando al demandante CUESTA NOVOA como director de la referida fundación y militante del Polo Democrático.

Indica que al conocerse el mencionado artículo el Fiscal General de la Nación ordena adelantar investigación preliminar; precisa que a la fecha de la presentación de la demanda se adelantan varios procesos penales, en investigación, por conductas descritas como punibles en el Código Penal.

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación adelantó investigaciones disciplinarias y profirió fallo en el proceso bajo el radicado No. IUS 2009-57515 IUCD 2010 4 – 105231 siendo investigados la señora María del Pilar Hurtado, Jorge Noguera y otros, por los hechos de los años 2004 a 2009 en donde fueron sancionados con destitución e inhabilidad general entre 15 y 20 años. Refiere que en esta investigación se concluye de manera clara que el DAS a través del grupo G3 realizó diversos y abundantes operativos de seguimiento, rastreo, interceptación de comunicaciones y guerra psicológica contra las víctimas perseguidas. Transcribe apartes de la investigación.

Refiere apartes del auto a través del cual la Fiscalía delegada ante la Corte Suprema de Justicia califica la investigación penal No. 12495-11 relacionada con interceptaciones realizadas por el grupo de inteligencia conocido como G 3.

Resalta que respecto al demandante José del Carmen Cuesta Novoa está documentado que desde el año 2000 el DAS efectuó inteligencia y seguimientos ilegales de su actividad como dirigente sindical, defensor de derechos humanos y dirigente político, así lo demuestra el oficio 4091 -1/ DAS DIGI UEFH del 12 de mayo de 2000, suscrito por el jefe de la Unidad de Fuentes

Humanas del DAS señor German Enrique Villalba dirigido a Luis Fernando Pinzón, jefe de división de análisis.

Señala que el señor Cuesta Novoa ha sido amenazado reiteradamente, incrementándose las mismas para los años 2008-2009 a raíz de su declaración ante la Fiscalía en contra del General ® Iván Darío Ramírez, quien para ese entonces era asesor del DAS en el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez, en razón a ello, la CRER recomendó " asignar para su protección un esquema con vehículo corriente, sujeto al resultado del estudio técnico de nivel de riesgo y con el resultado de dicha evaluación su caso será presentado nuevamente ante el CRER, órgano que se pronunciará al respecto"

Finalmente hace referencia a las consecuencias que presentaron los demandantes a raíz de las interceptaciones ilegales de las que fueron víctimas.

2. Actuación procesal en primera instancia.

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 25 de abril de 2011 (fl. 30 vlt a Cp1) quien con auto del 25 de mayo de 2011, admitió la demanda (fls. 33 a 34 Cp1) y posteriormente, con providencia del 21 de julio de 2011, declaró su falta de competencia y remitió el proceso de la referencia a los Juzgados Administrativos de Bogotá por competencia, toda vez, que el valor de las pretensiones no supera los 500 SMLMV (fls. 37 a 39 Cp1) El Juzgado 37 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá con auto del 20 de septiembre de 2011, avocó conocimiento y ordena dar cumplimiento al auto admisorio de la demanda (fl. 42 CP1) Una vez surtido el trámite de notificaciones las entidades demandadas contestaron la demanda. (fls. 67 a 74 y 80 a 84 Cp1)

El 11 de abril de 2012 se decretaron las pruebas pedidas por las partes (fls.86 a 90 Cp1)

Finalmente, el 19 de agosto de 2016 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión. (fl. 407 Cp2)

3. sentencia de primera instancia.

El 18 de septiembre de 2018, el juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C profirió sentencia de primera instancia, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

Como fundamento para negar las pretensiones de la demanda el a quo precisó frente al hecho dañoso que la parte actora plantea hechos de forma genérica, sin precisar la manera en que el accionante tuvo conocimiento de que sus comunicaciones se encontraban interceptadas de forma ilegal o aportara algún medio de prueba que brindará certeza acerca de las circunstancias particulares y concretas del hecho dañoso, relacionada con la calidad de víctima del ciudadano CUESTA NOVOA o de los miembros de su núcleo familiar.

Cita la sentencia del 19 de marzo de 2014, proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Bogotá en donde se condenó al ex servidor del DAS CARLOS ALBERTO ARZAYUS GUERRERO por los daños y perjuicios a las víctimas entre otras al señor José del

Carmen Cuesta Novoa, no obstante, indica que esta decisión fue objeto de recurso de apelación el cual fue resuelto el 4 de febrero de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá quien modificó la decisión en el sentido de que la condena a indemnizar los daños y perjuicios no comprende al señor José del C Cuesta, no existiendo otras decisiones que se pronuncien sobre este accionante.

Respecto a la decisión de la Procuraduría General de la Nación del 1 de octubre de 2010 donde sanciona a varios exfuncionarios del DAS, precisa que en la misma no se menciona al accionante como víctima de interceptaciones ilegales o seguimientos.

Transcribe apartes de la decisión del 15 de julio de 2009, proferida por la Fiscalía General de la Nación respecto al reconocimiento de José Del Carmen Cuesta Novoa como parte civil.

Concluye que respecto al elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado es que efectivamente sí se produjeron actos delictivos por parte de los servidores del DAS y que han sido objeto de condena y de sanción disciplinaria, no obstante, no está acreditado que el accionante haya sido víctima de alguna de tales conductas, no demostrándose de este modo un hecho dañoso, razón por la cual, niega las pretensiones de la demanda. (fls. 483 a 496 CP4)

II. RECURSO DE APELACIÓN.

El 9 de octubre de 2018 la parte demandante interpuso y sustentó en tiempo recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con el fin de que sea revocada, y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda, para ello, parte de hacer un recuento del denominado grupo ilegal de inteligencia que funcionó al interior del DAS "G 3", afirmando que el mismo realizó tareas de inteligencia, espionajes, hostigamientos, interceptaciones ilícitas de comunicaciones, montajes y seguimientos con anuencia del Director del DAS, sin orden judicial, violándoles sus derechos fundamentales de intimidad, libertad de expresión, libertad de pensamiento, a la tranquilidad y al derecho a la paz y sosiego familiar de manera específica a los aquí demandantes.

Posteriormente, fundamenta su recurso en que el a quo realizó una indebida valoración de las pruebas al no cotejarlas con el interrogatorio de parte del señor José del Carmen Cuesta Novoa, en este sentido, transcribe las preguntas y respuestas del interrogatorio de parte realizado a éste, concluyendo que:

- i) El señor José del Carmen ha sido varias veces amenazado por muerte por ejercer sus derechos a la oposición política, específicamente en los años 1998,2002,2003,2007,2008,2009 y 2013 por el G 3 del DAS, los paramilitares y grupos armados organizados al margen de la ley
- ii) El DAS ha atentado contra las libertades individuales, políticas y democráticas de este demandado, a través de chuzadas e interceptaciones telefónicas ilegales, seguimientos, hostigamientos, espionajes e intimidaciones, refiriéndose así a 2 operaciones ilegales del DAS, la primera, relacionada con que la Fiscalía General de la Nación inició una investigación de las chuzadas ilegales en contra del aquí demandante por parte del DAS, donde el jefe de la unidad especial de fuente humanas del DAS- Germán Enrique Villalba

Chávez mediante oficio No. 4091-1 DAS DIGI UEFH del 12 de mayo de 2000, ordenó al Jefe de División y Análisis del DAS, señor Luis Fernando Pinzón Galindo, realizar operaciones de inteligencia en contra del aquí demandante y de la Fundación Cultural Simón Rodríguez, y específicamente porque aseguraban que aquel era dirigente del PC3; y la segunda, en el año 2007, cuando la coordinadora del CTI llamó al demandante, y le dijo que tenía que incrementar sus medidas de autoprotección porque había descubierto un plan contra su vida, desde el mismo lugar donde trabajaba.

- iii) Señala que el a quo no realizó una valoración adecuada del interrogatorio de parte y las demás pruebas allegadas al proceso, no siendo cierto la afirmación de que las respuestas por el demandante en el interrogatorio son evasivas y sin claridad, antes por el contrario son contundentes y valorada esta prueba con las demás allegadas al expediente se puede llegar a una conclusión contraria, probándose el hecho dañoso en contra de la víctima y su familia: amenazas de muerte recibidas por llamadas telefónicas a su celular y mensajes de texto realizadas por integrantes de organizaciones armadas ilegales.
- iv) Aclara que los seguimientos ilegales se demuestran con el oficio 4091-1 DAS DIGI UEFH del 12 de mayo de 2000, situación que la ratifica otro miembro del grupo ilegal G 3 del DAS señor Jorge Armando Rubiano, subdirector de contrainteligencia en esa época, en versiones rendidas ante la Fiscalía 11 delegada ante la Corte Suprema de Justicia. Igualmente destaca que el señor German Enrique Villalba se acogió a sentencia anticipada y fue condenado a 6 años de prisión por el Juzgado Sexto Especializado de Bogotá.
- v) Insiste que con el interrogatorio de parte y las respuestas dadas en el mismo se demuestra que la víctima ha sufrido diferentes hostigamientos diferentes a las amenazas.

Por otro lado, resalta que el a quo realizó una indebida apreciación de la prueba al considerar que la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de la cual resuelve el recurso de apelación dentro del proceso No. 1100107040062100002007 procesado Martha Leal Llanos y otros y reconoce al señor José Cuesta con derecho a constituirse en parte civil dentro del proceso, al no considerar el oficio 40911 DAS DIGI UEFH del 12 de mayo de 2000, ni detallar en debida forma el informe de seguimiento ilegal que el G3 del DAS le hizo a este demandante contenidas en unas AZs incautadas por la Fiscalía, y no tener en consideración los testimonios de José Darío Salazar y Pedro Alejandro Ochoa.

Finalmente, solicita se tengan como pruebas i) la sentencia de segunda instancia del 7 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá a través de la cual se resolvió recurso de apelación dentro del proceso No. 1100107040062100002007 procesado Martha Leal Llanos y otros, eso sobre el requisito de procedibilidad de parte civil y el derecho del demandante de constituirse como tal dentro del proceso penal capítulo 3.9. ii) oficio 40911 DAS DIGI UEFH del 12 de mayo de 2000, iii) solicita que se ordene la inspección judicial a las AZS puestas a disposición de la Fiscalía General de la Nación para verificar lo que realmente está descrito allí, iv) solicita que se oficie a la doctora Ángela María Buitrago para que allegue copia de las diligencias y probanzas relacionadas con el espionaje que se le estaba realizando de forma ilegal al aquí demandante; v) se tenga en cuenta el testimonio del señor José Darío Salazar y Pedro Alejandro Ochoa, vi) igualmente se valore el oficio dirigido el 12 de mayo de 2009, por el Secretario General del Polo Democrático al doctor Fabio Valencia Ministro de

Interior, donde cuenta de las interceptaciones ilegales de llamadas a José Cuesta. (fls. 498 a 513 Cp4)

Con auto del 25 de octubre de 2008, se concedió el recurso de apelación antes referenciado por parte del a quo (fl. 316 Cp4)

1. Actuación procesal en Segunda Instancia.

Recibido el expediente en esta Corporación, el 5 de marzo de 2019, el Magistrado Sustanciador admitió el recurso de apelación en mención; y el 2 de abril de 2019 corrió traslado a las partes para alegatos finales, y al Agente del Ministerio Público para rendir concepto (fls. 520 y 522 Cp4)

La parte actora presentó alegatos finales en tiempo el 11 de abril de 2019, reiterando los argumentos expuestos de la demanda y del recurso de apelación, concluyendo que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra la responsabilidad de las entidades demandadas en cuanto al hostigamiento, espionaje, interceptaciones ilegales de comunicaciones, seguimientos ilegales y amenazas contra el demandante José Del Carmen Cuesta en hechos conocidos como chuzadas del DAS (fls. 523 a 531 Cp4)

Por su parte, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República presentó en tiempo alegatos de conclusión el 12 y 23 de abril de 2019, insistiendo que desconoce la ocurrencia de los hechos descritos y además es clara la ausencia de material probatorio que demuestre el daño antijurídico imputable a la administración; igualmente señala que no se demuestra los daños materiales y morales alegados; así las cosas, solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia. (fls 532 a 539 y 540 a 544 Cp4)

El 22 de abril de 2019, presentó alegatos de conclusión la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y PAP Fiduprevisora SA, sosteniendo que no se logró demostrar que las conductas de interceptación de comunicaciones se hubieran dirigido en contra del señor José del Carmen Cuesta; además el extinto DAS no incurrió en ninguna de las conductas que configure falla en el servicio, pues las labores de inteligencia y contrainteligencia son legítimas, y salvo, la interceptación de comunicaciones privadas, los demás seguimientos no requieren orden judicial; finalmente se ratifica en lo expuesto en la contestación de la demanda y sus alegatos, solicitado así, se confirme el fallo objeto de apelación. (fls .537 a 539 Cp4)

.
El Agente del Ministerio no allegó concepto.

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

III. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS JURÍDICA

Teniendo en cuenta el debate jurídico propuesto por el recurso de apelación en mención la Sala se ocupará de resolver:

¿El a quo realizó una indebida valoración de las pruebas obrantes en el expediente, con las cuales se encontraba acreditada la responsabilidad del Estado en lo que tiene que ver con las interceptaciones, acciones sistemáticas de inteligencia y seguimiento realizados por los funcionarios y exfuncionarios del DAS contra el aquí demandante?

Tesis de la sala

Para la Sala debe confirmarse la sentencia de primera instancia, ya que si bien es cierto en la parte motiva de la misma el a quo no hizo referencia al interrogatorio de parte realizado al señor José del Carmen Cuesta Novoa, al oficio No. 4091-1 DAS DIGI UEFH del 12 de mayo de 2000, a los testimonios de José Darío Salazar y Pedro Alejandro Ochoa, a la sentencia de segunda instancia del 7 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá a través de la cual se resolvió recurso de apelación dentro del proceso No. 1100107040062100002007 y al oficio dirigido el 12 de mayo de 2009, por el Secretario General del Polo Democrático al doctor Fabio Valencia Ministro de Interior, también es cierto, que una vez valoradas estas pruebas, junto a las demás pruebas allegadas al expediente, se logra probar que efectivamente funcionarios y exfuncionarios del extinto DAS se encontraban realizando actuaciones ilegales relacionadas con la interceptaciones y seguimientos a determinadas personas u organizaciones, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley, **no obstante**, con ellas no se demuestra que el aquí demandante José del Carmen Cuesta Novoa junto a su familia hubiesen sido víctima de estos hechos, no demostrándose así en el caso en concreto el hecho dañoso.

Para resolver el problema la Sala estudiará los elementos de responsabilidad extracontractual del Estado y la carga de la prueba.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Subsección es competente desde el punto de vista funcional para conocer del presente proceso, por la instancia, la naturaleza del asunto y la cuantía, dado que se trata del recurso de apelación de la sentencia proferida dentro de un proceso de reparación directa por el Juzgado 60 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., y el valor de la pretensión mayor no supera los 500 SMLMV, al tenor de los artículos 133 y 134E del C.C.A, el artículo o198 de la Ley 1450 de 2011 “descongestión por razón de la cuantía en la jurisdicción contenciosos administrativo” el cual dispone la aplicación del artículo 157 del CPACA en cuanto al razonamiento de la cuantía para proceso radicados antes del 2 de julio de 2012 (ver auto Tribunal Administrativo remite por competencia fls. 37 a 39 Cp1)

2. Caducidad.

Al respecto es de anotar que el término de caducidad de la acción de reparación directa se contabiliza a partir del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa, de acuerdo con lo establecido en el No. 8 del artículo 136 del CCA.

Así las cosas, la caducidad de la acción de reparación directa en el presente asunto se contabiliza desde que el demandante tuvo conocimiento de la supuestas interceptaciones ilegales, esto es, el 22 de febrero de 2009, cuando la Revista semana publicó " El DAS sigue grabando" (hecho segundo de la demanda fl. 17 Cp1) y como quiera que no obran pruebas que demuestren lo contrario a esta situación. Entonces, entre el 23 de febrero de 2009 al 23 de febrero de 2011 corría el término de caducidad, no obstante, el mismo fue suspendido con la solicitud de conciliación extrajudicial presentada ante la Procuraduría delegada para los Tribunales Administrativos de Cundinamarca entre el 8 de febrero de 2011 al 5 de abril de 2011 cuando se expidió la respectiva constancia (fls. 22 a 24 Cuaderno pruebas No.2) restándole 16 días para interponer la demanda, es decir, tenía plazo hasta el 21 de abril de 2011, no obstante, por ser esta fecha día de vacancia judicial (semana santa)¹ tenía oportunidad de radicarla el 25 de abril de 2011 (día hábil siguiente)

La demanda fue radicada el 25 de abril de 2011 (fl. 30 vlta) por lo tanto, se entiende presentada en tiempo.

3. Legitimación en la causa.

3.1 Por activa.

Los demandantes se encuentran legitimados en la causa por activa, conforme a los elementos materiales probatorios que a continuación se relacionan:

Demandante	Parentesco	Prueba
JOSÉ DEL CARMEN CUESTA NOVOA	Víctima directa	Quien conforme a los hechos de la demanda estaba siendo intervenido por el DAS.
PIEDAD LUCÍA RAMÍREZ ARIZA	Esposa	Registro de matrimonio – fecha 7 de enero de 1994 (fl. 28 cuaderno pruebas 2)
MARÍA MARGARITA ROSA CUESTA RAMÍREZ	Hija	Registro civil de nacimiento (fl. 30 ib.)
JOSÉ FRANCISCO CUESTA RAMÍREZ	Hijo	Registro civil de nacimiento (fl. 832 ib.)
JOSÉ DEL CARMEN CUESTA FRANCO	Padre	Registro civil de nacimiento de la víctima directa (fl.25 ib.)
RICARDO JAIR CUESTA NOVOA	Hermano	Registros civiles de nacimiento (fls. 25 y 34 ib.)
HENRY MANUEL CUESTA NOVOA	Hermano	Registros civiles de nacimiento (fls. 25 y 36 ib.)

¹ Decreto 546 de 1971 " **Artículo 1º.** El artículo 2º. del Decreto número 546 de 1971, quedará así: Para todos los efectos legales, los días de vacancia judicial son los siguientes:

a) Los días domingos y festivos, cívicos o religiosos, que determina la ley y los de la Semana Santa.

b) Los días comprendidos entre el 20 de diciembre de cada año y el 10 de enero siguiente, inclusive, lapso en el cual los funcionarios y empleados de la rama civil, contencioso administrativo, laboral y los de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Tribunal Superior de Aduanas y Salas Penales de los Tribunales de Distrito, así como los respectivos agentes del Ministerio Público que corresponden a tales despachos, disfrutarán colectivamente de la prestación social de vacaciones anuales.

En los Juzgados de la Rama Penal, en los promiscuos y en los de la Rama Penal aduanera no habrá otros días de vacancia judicial que los señalados en el ordinal a), del presente artículo.

NELSON JOSÉ CUESTA NOVOA	hermano	Registros civiles de nacimiento (fls. 25 y 38 ib.)
--------------------------	---------	--

3.2 Pasiva.

La Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS están legitimadas en la causa por pasiva, en atención a que es respecto de estas entidades públicas que se alega la falla en el servicio, en tanto ordenaron y realizaron interceptaciones ilegales, seguimientos e investigaciones sin una orden judicial ni sustento jurídico alguno.

4.- Argumentación Jurídica.

4.1.- La razón de ser del Estado Social de Derecho.

El Estado de Derecho debe guardar las formas o límites (formales, procedimentales y materiales) establecidos por el derecho. De lo contrario, no es un Estado de Derecho sino un instrumento del poder desnudo, un Estado autoritario o totalitario, o un Estado de Derecho “en apariencia”.

Este último, el Estado de Derecho “en apariencia”, puede originarse de muchas maneras, pero la que más preocupa, debido a su base aparentemente democrática, es cuando proviene de una sociedad totalitaria. Cuando una sociedad empieza a nutrirse de ideas y valores excluyentes y fanáticas que alimentan el desprecio por la condición humana y su fragilidad, su diversidad y pluralismo, tolerancia y respeto, los derechos y los deberes, pero no a través de formas abiertas y extravagantes sino sutiles y finas, como cualquier ciudadano o burócrata que se precia de ser cumplidor de sus deberes legales y morales, entonces, ha iniciado el camino de la destrucción de la democracia pluralista y participativa, humana y social.

De esta forma, la ley no opera como límite y orientación del accionar del poder para proteger y garantizar las libertades y derechos de las personas, sino como instrumento del más desnudo poder. Como dice Arendt, “nada ilustra mejor tal vez esta desintegración de la vida política como este odio vago y penetrante hacia todos y hacia todo, sin un foco para su apasionada atención y nadie a quien responsabilizar de la situación”².

Los regímenes totalitarios se deshacen de la ley y elevan en regla el poder de la policía, sin mediación del derecho y de los jueces. Afectando así, de manera definitiva, las libertades y derechos, pues son estos los que garantizan la igualdad ante la ley de manera efectiva. De otra manera, se está instaurando una “masa anárquica de individuos privilegiados y de individuos desfavorecidos”³.

A partir de la Declaración de los Derechos del Hombre, continúa Arendt, “la fuente de la Ley debería hallarse en el Hombre”. Así se abstrae y su “dignidad” se encuentra dentro de “sí mismo”. Por ello, los derechos son “inalienables”, pero en un estado totalitario éstos se hacen

² Arendt, Hannah. Los orígenes del totalitarismo. Taurus, Buenos Aires (1998), pp. 225.

³ Ib, pp. 242

inaplicables porque muchos quedan por fuera de la ley pues pierden su igualdad y su garantía ante ella.

El totalitarismo deja por fuera de la sociedad política y legal, a muchos por razones de orden político, raza, religión, minorías, en fin. Pero igualmente, socava sus derechos humanos persiguiéndolos y discriminándolos cuando no los protege ni los garantiza de manera efectiva.

En conclusión, cuando el Estado se deshace de la ley y su mediación para garantizar la igualdad de todas las personas y ciudadanos, y la convierte en instrumentos de exclusión o persecución, sin ninguna duda, es la antesala de un Estado totalitario.

4.2.- Cláusula general de responsabilidad del Estado Social de Derecho.

La fórmula del Estado Social de Derecho no es una simple muletilla gramatical o fina galantería retórica, sino que incluye un reconocimiento efectivo de los derechos constitucionales ya que se funda en la dignidad humana, en la carta de derechos y mecanismos de protección, donde la persona humana es la fuente última que legitima la existencia y el accionar del Estado y sus autoridades. (Art. 1, 2 y 94 CP)⁴.

Pero mucho más importante es la inclusión a nivel constitucional de la fórmula básica o esencial de la responsabilidad patrimonial del Estado en el artículo 90 de la Constitución, pues es la víctima y su daño antijurídico el que tiene en adelante toda la atención y protección de sus derechos frente a las acciones u omisiones del Estado y sus autoridades, que le sean imputables, las que sirven de fundamento a la indemnización de los perjuicios ocasionados por los mismos, ya sea a partir de los criterios de la "falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional o cualquier otro" (...) "En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración"⁵. Asimismo, la reparación tiene un carácter preventivo.

4.2.1.- Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Conforme lo dispuesto en el artículo 90 constitucional, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. En ese sentido, el Consejo de Estado ha sostenido, en múltiples pronunciamientos, que la declaración de responsabilidad patrimonial y administrativa será posible siempre que se acredite la concurrencia de los elementos constitutivos de la misma, así: i) el daño antijurídico, patrimonial o moral, que el demandante no tenía por qué soportar, ii) la acción o la omisión constitutiva de una falla del servicio de la Administración y iii) la relación o nexo de causalidad entre los dos elementos anteriores⁶.

Al respecto, dijo el Consejo de Estado:

⁴ Ver Corte Constitucional T-406 de 1992, especialmente.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 27 de noviembre de 2017, Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00147-01(52993). CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 12 de mayo de 2016. Radicación número: 68001-23-31-000-2005-02581-01 (40544) / Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E). Sentencia de 9 de septiembre de 2015. Radicación número: 73001-23-31-000-2001-03279-02(34468)

la responsabilidad del Estado resulta comprometida siempre que logre establecerse en el proceso: i) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la que se habrían evitado los perjuicios, ii) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso, iii) la existencia de un daño antijurídico y iv) la relación de causalidad entre la omisión y el daño.⁷

Tal y como lo ha establecido el Máximo Tribunal Administrativo y la doctrina. "En ocasiones a pesar de existir daño no procede declarar la responsabilidad. Esto por cuanto el daño es requisito indispensable pero no suficiente para que se declare la responsabilidad. En efecto, en algunos eventos no se declara la responsabilidad, a pesar de haber existido daño. Es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas; o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre."⁸

Asimismo, el Consejo de Estado en sentencia del pasado 1 de agosto de 2016⁹, reitero la posición antes adoptada por tal Órgano, así:

El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere estar cabalmente estructurado; por tal motivo, se torna imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) que el daño es antijurídico, esto es, que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo, ii) que se lesiona un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) que el daño es cierto, es decir, que se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura. El daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad y, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar; así, la ocurrencia del daño y su antijuridicidad son presupuestos indispensables que generan el deber de reparar y, por tanto, corresponde al juez constatar su existencia, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada.

4.2.1.1.- Daño antijurídico

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es "irrazonable," sin depender "de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración."

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá, D.C. diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02897-01 (38092)

⁸ HENAO, Juan Carlos. El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2007. Pág. 38.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá D.C., 1º de agosto de 2016. Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00171-01 (40943)

El daño, para efectos de que sea indemnizable, exige que se acrediten los siguientes requisitos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, ii) debe lesionar un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) debe ser personal y cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente y, por ende, no puede limitarse a una mera conjetura; al respecto, la Sala ha considerado que:

De allí que, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una 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 carga.

4.2.1.2.- Acción u omisión de la entidad demandada.

En cuanto a la imputación, ésta exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la "superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen".

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que

El núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro

y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano.

Ahora, son varios los títulos que, como razón o fundamento, sirven para imputar la responsabilidad estatal. Entre estos está la falla del servicio, la cual se configura por alguno de los siguientes supuestos: (i) retardo, (ii) irregularidad, (iii) ineficiencia, u (iv) omisión o ausencia de este.

En relación con lo anterior, el Consejo ha señalado que:

El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia de este cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía¹⁰.

Así las cosas, en el marco del título de imputación de responsabilidad de falla del servicio, adicional al daño antijurídico se requiere que la entidad demandada haya actuado de manera tardía, irregular, ineficiente o que no haya actuado.

4.2.1.3.- Nexo de causalidad.

Finalmente, existe un tercer elemento sin el cual no se puede configurar la responsabilidad del Estado, como lo es el nexo de causalidad entre el daño antijurídico y la acción u omisión de la administración. Se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar; por tanto, corresponde al juez, en principio, constatar el daño como entidad, como violación a un interés legítimo, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado éste, analizar la posibilidad de imputarlo o no a la entidad demandada.

El nexo causal, entonces, debe ser definido como la relación necesaria y eficiente entre el daño antijurídico cierto y la acción u omisión de la administración. En el ámbito de la responsabilidad estatal la importancia de la imputación implica que la responsabilidad por daños antijurídicos se atribuye a la autoridad porque entre la acción u omisión y el daño existe una relación que, no necesariamente debe ser de naturaleza fáctica o científica, como causa a efecto, sino de naturaleza normativa. Por eso la diferencia entre imputatio facti y imputatio juris¹¹ ha sido estudiada por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia como fundamento de la obligación de reparar el daño antijurídico, ya que es sólo en ese momento cuando el juez debe decidir el título de imputación que le permitiría otorgar la justicia debida.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 7 de abril de 2011, Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750)

¹¹ Reyes A Ivarado, Yesid. Imputación objetiva. (1996), Bogotá, Temis, p., 114

“La jurisprudencia ha sido pacífica al establecer que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por el actor, independientemente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa, en la falla, o en alguno de los regímenes de responsabilidad objetiva.¹²”

4.3. Marco normativo y desarrollo jurisprudencial sobre la interceptación a las comunicaciones.

Por resultar pertinente para el caso en concreto, a continuación, se citan algunos apartes de la sentencia SU 414 de 2017, proferida por la Corte Constitucional, el 29 de junio de 2017, en la que se hizo un análisis normativo y jurisprudencial sobre la interceptación a las comunicaciones¹³.

4.3.1. Marco normativo.

Excepto la dignidad humana, ningún derecho fundamental es absoluto, todos tienen un núcleo esencial irreductible y un área de afectación por los demás derechos fundamentales. Por esta razón cada uno pierde peso frente al otro que lo gana y así tendrá que dársele proporcionalmente el derecho que, en cada circunstancia particular y concreta, como jurídica, sea posible para que ninguno de los derechos que entra en tensión se vea anulado¹⁴.

Entonces, la interceptación a las comunicaciones privadas es una herramienta investigativa de naturaleza legal cuya práctica normalmente se encuentra en tensión con el derecho a la intimidad, prerrogativa que está protegida por múltiples garantías constitucionales e instrumentos de orden internacional.

Tanto el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968 y el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972 establecen que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de ley contra esas injerencias o esos ataques.”

En Colombia el artículo 15 constitucional, en guarda del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, establece como regla general que las formas de comunicación privada son inviolables **y, por consiguiente, su intervención requiere orden judicial previa**. En desarrollo de esta regla constitucional, la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”, en protección del bien jurídico a la intimidad, tipifica la interceptación a las comunicaciones como delito sancionado con pena privativa de la libertad que oscila entre uno y tres años de prisión.

¹² PATIÑO, Héctor. La causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. Universidad Externado de Colombia. Revista de derecho privado No. 20, Enero – Junio de 2011. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/2898/2539> Consultado el 11 de octubre de 2016.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia SU414/17. Magistrado Sustanciador: Alberto Rojas Ríos. Sentencia del 29 de junio de 2017.

¹⁴ Alexi. Robert. Fórmula de peso. Consultado en https://www.academia.edu/7113677/La_f%C3%B3rmula_del_peso_-_Robert_Alexy. También sobre teoría de derechos fundamentales ver video. <https://www.youtube.com/watch?v=0XywyYr3kcU>.

En materia procesal penal, la Ley 600 de 2000 reguló la interceptación a las comunicaciones, fijando en su artículo 301 una limitación funcional, según la cual, este procedimiento investigativo comporta una facultad exclusiva de los funcionarios judiciales.

A su turno, el artículo 316 de la Ley 600 de 2000, estableció una restricción expresa a la policía judicial para la práctica de interceptación a las comunicaciones.

Posteriormente, con la implementación del sistema penal acusatorio contenido en la Ley 906 de 2004, el cual entró en vigor el 1º de enero de 2005 y que fue modificado en lo que a la interceptación de comunicaciones se refiere por el artículo 15 de la Ley 1142 de 2007 y por el artículo 52 de la Ley 1453 de 2011, se reguló de manera integral el procedimiento de esta práctica investigativa.

En efecto, la Ley 906 de 2004 prevé cuatro disposiciones relativas a la interceptación a las comunicaciones, a saber: (i) el artículo 14 establece como principio rector de la actuación procesal el derecho a la intimidad; (ii) el artículo 154.1 regula las distintas modalidades de audiencia preliminar y ordena "...poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes"; (iii) el artículo 235 versa sobre la finalidad de la interceptación a las comunicaciones y, finalmente, (iv) el artículo 237 regula la audiencia de control de legalidad posterior, la cual está a cargo del juez de control de garantías. El tenor literal del artículo 235¹⁵ es el siguiente:

Artículo 235. Interceptación de comunicaciones. El fiscal podrá ordenar, **con el objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados,** que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones que se cursen por cualquier red de comunicaciones, en donde curse información o haya interés para los fines de la actuación. En este sentido, las autoridades competentes serán las encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación, así como del procesamiento de la misma. Tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden y todos los costos serán a cargo de la autoridad que ejecute la interceptación.

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

La orden tendrá una vigencia máxima de seis (6) meses, pero podrá prorrogarse, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron.

La orden del fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares

¹⁵ El artículo 1º del Decreto 1704 de 2012 al definir la interceptación de las comunicaciones, dispuso que se trata de un mecanismo de seguridad pública que busca optimizar la labor de investigación de los delitos que adelantan las autoridades y organismos competentes, en el marco de la Constitución y la ley.

deberá someterse al control previo de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Sobre el alcance de esta disposición, la Corte Constitucional¹⁶ resaltó dos aspectos normativos esenciales. De una parte, que se encuentra inserta en el Capítulo II de la Ley 906 de 2004, cuyo título establece: “Actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización”. Y, de otra, que dicha norma al ser parcialmente demandada fue objeto de pronunciamiento por parte de la misma Corte Constitucional.

En la demanda se cuestionaba la constitucionalidad de la expresión las “autoridades competentes” para realizar interceptación a las comunicaciones. En dicha oportunidad, el Alto Tribunal Constitucional, en sentencia C-594 de 2014, acudiendo a una interpretación sistemática de la Carta Política, de los tratados internacionales y en general de las normas previstas en el ordenamiento jurídico en materia de interceptación a las comunicaciones, se pronunció en el sentido de precisar los límites a los cuales está supeditada esta práctica investigativa, independientemente de la autoridad que la realice:

Todas las interceptaciones están sujetas a una serie de límites materiales independientemente de cuál sea la autoridad que las realice, derivadas de la ley y de los principios que rigen la restricción del derecho a la intimidad: (i) Las autoridades encargadas de la operación técnica no podrán actuar de manera autónoma, sino que han de realizarlas con estricta sujeción a las formalidades de la orden y de la Ley. (ii) Requieren un control posterior del juez de control de garantías como máximo en las treinta y seis (36) horas siguientes a su realización en virtud de lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución. (iii) En virtud del principio de finalidad deben realizarse exclusivamente para efectos de la investigación. En este sentido, el artículo 235 de la Ley 906 de 2004 que señala que: “el fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético”. (iv) De acuerdo al principio de necesidad no pueden divulgarse para fines distintos al proceso, lo cual es igualmente consagrado en la parte final del artículo 235 de la Ley 906 de 2004 que permite la interceptación de comunicaciones “cuya información tenga interés para los fines de la actuación”. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado: “Esa legitimación no alcanza para justificar la divulgación o uso abusivo de la información almacenada, la cual en tanto privada mantiene la garantía de protección que le brinda la Constitución a su titular, cosa distinta es que quepa dentro de lo dispuesto en el último inciso del artículo 15 de la Carta, que establece que para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley. (v) En virtud del principio de veracidad, los datos personales que se puedan divulgar en el proceso deben corresponder a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU414/17. Magistrado Sustanciador: Alberto Rojas Ríos. Sentencia del 29 de junio de 2017.

la divulgación de datos falsos o erróneos. (vi) Por último, de acuerdo al principio de integridad, la información que sea objeto de divulgación en el proceso debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registren y divulguen datos parciales, incompletos o fraccionados.”

El artículo 237 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007-, establece una audiencia de control de garantías, posterior a la realización de la interceptación a las comunicaciones. La norma en cita dispone:

Artículo 237. Audiencia de control de legalidad posterior. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

Durante el trámite de la audiencia sólo¹⁷ podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.

El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

Parágrafo. Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar.

En ese mismo sentido, por virtud del Acto Legislativo Número 3 de 2002 que entró en vigor el 19 de diciembre de ese año, se modificó, entre otras disposiciones, el numeral 2º del Artículo 250 de la Constitución Política, el cual dispone que la Fiscalía General de la Nación en ejercicio de la función investigativa está facultada para la práctica de interceptación a las comunicaciones, pero, a su vez, establece que dicho procedimiento debe ser puesto a disposición del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis horas siguientes a su realización: “2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.”

¹⁷ El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-025 de 2009. El resto del inciso fue declarado EXEQUIBLE en la misma Sentencia, siempre que se entienda, dentro del respeto a la naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.

4.3.2. Desarrollo jurisprudencial.

Ahora, en cuanto a desarrollo jurisprudencial, se tiene la sentencia C 586 de 1995, en la que la Corte Constitucional se refirió al núcleo esencial del derecho a la comunicación, en los siguientes términos:

No obstante la carencia de un artículo expresa y exclusivamente encaminado a plasmarlo como derecho independiente, el que tiene toda persona a comunicarse es un derecho fundamental claramente amparado por la preceptiva vigente. Su núcleo esencial consiste en "la libre opción de establecer contacto con otras personas, en el curso de un proceso que incorpora la mutua emisión de mensajes, su recepción, procesamiento mental y respuesta, bien que ello se haga mediante el uso directo del lenguaje, la escritura o los símbolos, o por aplicación de la tecnología". De ese derecho a la comunicación hacen uso las personas que obtienen del Estado autorización para operar equipos mediante los cuales acceden a las frecuencias radioeléctricas. Su núcleo esencial no se ve afectado por la falta de un específico instrumento de comunicación -para el caso, los equipos de radiocomunicaciones-, pues la persona goza de otros medios para satisfacer su natural tendencia a relacionarse con los demás y para canalizar su libertad de expresión.

Posteriormente, con la emisión de la sentencia C-626 de 1996, la Corte Constitucional hizo énfasis en que las intromisiones en las comunicaciones de los particulares sólo pueden adelantarse previa orden de la autoridad judicial competente y con el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley:

La Corte Constitucional, en guarda de la cabal interpretación y aplicación de las normas constitucionales enunciadas y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que han sido estrictos y celosos en la materia (Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 'Pacto de San José de Costa Rica', aprobada mediante Ley 16 de 1992, artículo 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Ley 78 de 1968, artículo 17), debe declarar sin ambages que ninguna persona pública ni privada, por plausible o encomiable que sea el objetivo perseguido, está autorizada para interceptar, escuchar, grabar, difundir ni transcribir las comunicaciones privadas, esto es, las que tienen lugar entre las personas mediante conversación directa, o por la transmisión o registro de mensajes, merced a la utilización de medios técnicos o electrónicos aptos para ello, tales como teléfonos convencionales o celulares, radiotelefonos, citófonos, buscapersonas, equipos de radiocomunicaciones, entre otros, A MENOS QUE EXISTA PREVIA Y ESPECIFICA ORDEN JUDICIAL Y QUE ELLA SE HAYA IMPARTIDO EN EL CURSO DE PROCESOS, EN LOS CASOS Y CON LAS FORMALIDADES QUE ESTABLEZCA LA LEY, según los perentorios términos del artículo 15 de la Constitución Política.

Por su parte, en la sentencia C 1024 de 2002, la Corte se pronunció en el sentido de reafirmar que aún en los estados de excepción, toda interceptación a las comunicaciones, en aplicación del artículo 15 constitucional requiere orden judicial. Expresamente señaló:

Así las cosas, resulta apenas obvio que la Constitución Política, en su artículo 15, inciso tercero, señale de manera precisa y perentoria que las comunicaciones privadas no puedan ser objeto de interceptación o registro, sino mediante orden judicial, por un caso específicamente autorizado por la ley y siempre y cuando se cumplan de manera estricta las formalidades señaladas en ella. Aquí, de nuevo, como se observó tratándose de la libertad personal han de concurrir para proteger ese derecho fundamental, las tres ramas del poder público: el legislador, que señala en cuáles casos y de acuerdo con cuáles formalidades, el juez, que ante la situación concreta no puede proceder sino cuando la cuestión fáctica se enmarca dentro de la legislación, y el ejecutor de la orden impartida por el juez, que para la interceptación o registro ha de hacerlo con estricta sujeción a dichas formalidades.

Si bien es verdad que a la protección de esa garantía se dedicó de manera expresa en la Constitución anterior el artículo 38, y ahora a él se refiere el artículo 15 de la Carta vigente, existen sin embargo algunas diferencias. En efecto, en la Constitución de 1886 se prohibía la interceptación y el registro de "las cartas y papeles privados", a menos que ella fuera ordenada "por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales", esa garantía en la Constitución de 1991, se extiende a todas las "formas de comunicación privada", de manera tal que su interceptación o registro sólo pueda realizarse "mediante orden judicial", lo que restringe la competencia para ello a los funcionarios de la rama jurisdiccional, pero con una limitación establecida por el legislador, pues ellos no pueden ordenar la interceptación o registro sino "en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Este criterio jurisprudencial fue reiterado por la Corte Constitucional en sentencia C-692 de 2003:

En tal sentido, la Constitución prevé que la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables y que las mismas sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial en los casos y con las formalidades que la ley determine. Del mismo modo, la Carta indica que la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados sólo podrá exigirse para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección y vigilancia e intervención del Estado, en los términos que defina la Ley (Art. 15 C.P.)

Así las cosas, en tratándose de la información citada, la Carta ha prescrito una protección fuerte en virtud de la cual aquella sólo puede extraerse de la órbita individual en circunstancias excepcionalísimas y bajo los estrictos parámetros legales.

Por su parte, en sentencia T-058 de 2006, la Corte hizo énfasis en la garantía del principio del juez natural y su prevalencia en el ordenamiento jurídico colombiano:

Proscrita como lo está la fijación ex post facto de competencias judiciales, cualquiera fuere la autoridad que lo disponga, como también su señalamiento ad hoc por parte de autoridades administrativas o judiciales, puede concluirse que la vulneración del principio de juez natural da lugar a la tutela por vía de hecho, con el carácter extraordinario que esta Corte ha plasmado en su jurisprudencia. De esta manera, la corte ha sostenido que se incurre en vía de hecho, por vulneración del derecho a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley, "cuando (i) se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta; (ii), cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribire el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas; (iii) cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores; (iv) cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal); (v) cuando se realizan juicios ex-post con tribunales ad-hoc; y, (vi) cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria.

En cuanto al control posterior a las interceptaciones, por medio de la sentencia C-025 de 2009, mediante la cual se juzgó la constitucionalidad de algunos apartes del artículo 237 de la Ley 906 de 2004, la Corte se pronunció con respecto al fundamento jurídico de la audiencia de control de garantías durante la fase investigativa del proceso penal, en los siguientes términos:

La audiencia de control o revisión de legalidad posterior que se cumple por parte del Juez de Control de Garantías sobre la práctica de ciertas diligencias realizadas, bien durante la indagación previa o bien durante la etapa de investigación, por parte de la Fiscalía General de la Nación y los órganos de Policía Judicial sin previa autorización judicial para su realización, comprende las medidas de: (i) registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares; (ii) actuación de agentes encubiertos; (iii) entrega vigilada de objetos; (iv) búsqueda selectiva en base de datos y (v) práctica de exámenes de ADN, y **tiene como propósito específico llevar a cabo la revisión formal y sustancial del procedimiento utilizado en la práctica de las citadas diligencias, esto es, verificar que se hayan respetado los parámetros constitucionales y legales establecidos para su autorización y realización, e igualmente, que la medida de intervención no haya desconocido garantías fundamentales.** (Subrayas fuera del texto)

En este recuento jurisprudencial, es de singular importancia recordar que por virtud de la sentencia C-334 de 2010, la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad promovida contra el inciso 1º parcial del artículo 16 de la Ley 1142 de 2007 y contra el inciso 2º del artículo 245 de la Ley 906 de 2004. En dicha ocasión la Corte sostuvo que las actuaciones que impliquen restricciones a los derechos fundamentales no siempre deben estar precedidas de una orden judicial:

Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es claro que los Estados pueden adelantar actuaciones que supongan afectación o injerencia en ámbitos de libertad o de derecho protegidos. **Sin embargo, tales actuaciones, aunque no siempre deben estar respaldadas por orden de autoridad judicial, en todo caso sí deben ser reguladas por la ley,** de modo tal que sólo puedan desplegarse cuando sea necesario, no implique una afectación ilegítima de otros derechos, se corresponda con las formas y exigencias propias de una sociedad democrática cuyo animus vivendi se encuentra en la preservación de los derechos de los individuos y grupos que la integran. (Subrayas y negrillas propias)

En el marco del control concreto de constitucionalidad, al conocer en sede de revisión de tutelas un caso de interceptación a las comunicaciones, mediante la sentencia T-708 de 2008, la Corte en protección del derecho fundamental a la intimidad ordenó que se garantizara la reserva y confidencialidad de una información recopilada como consecuencia de labores de inteligencia:

Es evidente que ante las irregularidades detectadas en la utilización del espectro, el Estado estaba facultado para iniciar las estrategias necesarias para conservar o restablecer el manejo del espectro electromagnético de conformidad con la ley pero, toca advertir, en todo caso dichas maniobras de inteligencia debían adelantarse atendiendo las garantías adscritas a los derechos fundamentales, bajo la responsabilidad y control, y atendiendo los límites propios de las labores preventivas de la Policía Nacional, y teniendo en cuenta que dichas maniobras no se pueden adelantar en detrimento de las libertades previstas en la Constitución o de potestades claramente legítimas adelantadas por los ciudadanos. Es evidente, por tanto, que el "monitoreo pasivo" sólo debe adelantarse para conseguir la información que sea estrictamente necesaria sobre operaciones sospechosas o fraudulentas, durante un lapso de tiempo minucioso, sin vulnerar el derecho a la intimidad y afianzando la reserva correspondiente para garantizar el buen nombre de las personas.

Sin embargo, se advierte, esta conclusión no obsta para que a partir de las investigaciones respectivas se termine concluyendo que en algunos casos sí se adelantaron interceptaciones y, en este evento, será necesario que cada autoridad verifique que las mismas se efectuaron conforme a los parámetros del artículo 250-2 de la Constitución Política y el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal, so pena de que dichas pruebas sean consideradas ilícitas y por tanto susceptibles de exclusión de cualquier proceso en el que se involucren. En este sentido la Corte debe insistir en que las labores de la Policía sólo pueden implicar maniobras preventivas de inspección del espectro y nunca pueden involucrar el seguimiento individual y estable o la interceptación de las conversaciones personales, sin que exista orden previa de la Fiscalía General de la Nación.

Esta postura jurisprudencial fue confirmada en la sentencia T-916 de 2008, en la que a propósito de un proceso en el que se discutía la cesación de los efectos civiles de un matrimonio, la Corte ordenó la exclusión de los correos electrónicos allegados por el apoderado

de la parte demandante durante la diligencia de interrogatorio de parte, por haber sido recopilados sin orden judicial previa:

Uno de los medios de comunicación privada que cobra especial importancia en la actualidad con el surgimiento de la informática es el correo electrónico, sobre el cual, dada la complejidad de la realidad actual exige una aproximación a la intimidad que tenga en cuenta los diversos aspectos que la contempla, entre los cuales se halla el derecho a controlar la información acerca de uno mismo. Por tratarse entonces de un dispositivo que tiene un ámbito privado, es que la regla constitucional prevista en el artículo 15 Superior, referida a la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, tiene total aplicabilidad cuando se trata de correos electrónicos, pues se trata de una forma de comunicación entre personas determinadas, siendo solamente posible su interceptación o registro, (i) mediante orden de autoridad judicial, (ii) en los eventos permitidos en la ley y (iii) con observancia estricta de las formalidades que la misma establezca.

En esta misma providencia judicial, la Corte explicó la distinción entre dos tipos probatorios, a saber: la prueba ilegal y la prueba inconstitucional:

Ha dispuesto una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales.

Para una mejor comprensión del extenso tratamiento jurisprudencial en materia de interceptación a las comunicaciones, se expone a continuación la síntesis de las principales decisiones judiciales de constitucionalidad y tutela¹⁸:

- a. Derecho fundamental a comunicarse: Sentencia C-586/1995
- b. Las intromisiones en las comunicaciones de los particulares, sólo pueden adelantarse previa orden de la autoridad judicial. Sentencias C-626/1996, C-692/2003, C-131/2009, C-334/2010, C-540/2011.
 - ✓ Correos electrónicos. La Corte ordenó excluir de un proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio, los correos electrónicos allegados por el apoderado de la parte demandante durante la diligencia de interrogatorio de parte, por haber sido recopilados sin orden judicial previa. Sentencia T-916/2008
 - ✓ Regla de exclusión. La Corte se pronunció en torno a la regla de exclusión prevista en el inciso final del Artículo 29 de la Constitución ordenando a exclusión del proceso penal de una grabación telefónica ilícita y violatoria del derecho a la intimidad constituye una aplicación correcta del Artículo 29 inciso último de la Constitución. Sentencia SU-159/2002.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU414/17. Magistrado Sustanciador: Alberto Rojas Ríos. Sentencia del 29 de junio de 2017.

- c. Aún en los estados de excepción, toda interceptación a las comunicaciones, en aplicación del artículo 15 de la Constitución Política requiere orden judicial. Sentencia C-1024/2002
- d. Fundamento jurídico de la audiencia de control posterior de garantías durante la fase investigativa del proceso penal tiene como propósito específico llevar a cabo la revisión formal y sustancial del procedimiento utilizado en la práctica de las citadas diligencias, esto es, verificar que se hayan respetado los parámetros constitucionales. Sentencia C-025/2009.
- e. Límites materiales a los que está supeditada la interceptación: i) Las autoridades encargadas de la operación técnica no podrán actuar de manera autónoma, sino que han de realizarlas con estricta sujeción a las formalidades de la orden y de la Ley. (ii) Requieren un control posterior del juez de control de garantías como máximo en las treinta y seis (36) horas siguientes a su realización en virtud de lo dispuesto en el Artículo 250 de la Constitución. (iii) En virtud del principio de finalidad deben realizarse exclusivamente para efectos de la investigación. En este sentido, el artículo 235 de la Ley 906 de 2004 que señala que: "el fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético". (iv) De acuerdo con el principio de necesidad no pueden divulgarse para fines distintos al proceso, lo cual es igualmente consagrado en la parte final del artículo 235 de la Ley 906 de 2004 que permite la interceptación de comunicaciones "cuya información tenga interés para los fines de la actuación". Sentencia C-594/ 2014.
- f. Frente a un caso de interceptación a las comunicaciones, en protección del derecho fundamental a la intimidad, la Corte Constitucional ordenó garantizar la reserva y confidencialidad de la información recopilada como consecuencia de labores de inteligencia. Sentencia T-708/2008.

4.3.3 Alcance del concepto "autoridad judicial" contenido en los artículos 15 y 28 de la Constitución Política.

En criterio de la Corte Constitucional, a la luz de una concepción garantista de la constitución, las medidas que impliquen una intervención sobre el núcleo duro de los derechos fundamentales son de la competencia exclusiva de las autoridades judiciales. Esto se manifiesta con mucha claridad en el contenido dispositivo del artículo 15 de la Carta Política, a cuyo tenor:

Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo

pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

En ese mismo sentido, el artículo 28 de la Constitución dispone:

Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de **autoridad judicial** competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. (Subraya y negrilla fuera del texto)

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

En concordancia con ello, el artículo 116 de la Constitución restringe el ejercicio de la función judicial a determinadas autoridades públicas:

Artículo 116. Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 1º. El artículo 116 de la Constitución quedara así:

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado,¹⁹ Comisión Nacional de Disciplina, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los jueces, administraran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir **función jurisdiccional** en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

¹⁹ Acto Legislativo 02 de 2015 Artículo 26. Concordancias, vigencias y derogatorias. Sustitúyase la expresión "Consejo Superior de la Judicatura" por la de "Comisión Nacional de Disciplina Judicial" en el Artículo 116 de la Constitución Política.

En la sentencia C-025 de 2009, que se originó en la demanda de inconstitucionalidad formulada contra varias disposiciones de la Ley 906 de 2004, la Corte se refirió a la diferencia entre los actos investigativos realizados por la Fiscalía General de la Nación y los actos jurisdiccionales de los jueces de control, en los siguientes términos:

'En el nuevo sistema procesal penal la labor del ente de investigación se desarrolla con especial énfasis en la función acusatoria, enfocándose en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado. En ese sentido, **los actos de la Fiscalía no son jurisdiccionales sino de investigación**, con excepción de aquellos que impliquen restricción de los derechos fundamentales de las personas, **los cuales deben ser en todo caso controlados por el juez de garantías**, quien los autoriza y convalida en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales. La Fiscalía General de la Nación quedó facultada para ejercer el principio de oportunidad e imponer, en el curso de las investigaciones que realice, las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones, las cuales no requieren, en el nuevo texto constitucional, autorización judicial previa para ello, pero sí están sometidas a un control judicial posterior automático, por parte del juez que cumpla la función de control de garantías. (Negrillas y subraya fuera del texto).

En esa misma orientación, en sentencia C-516 de 2015 la Corte se pronunció en torno a la diferencia entre las funciones judiciales y jurisdiccionales que cumple la Fiscalía General de la Nación, precisando que, si bien los fiscales cumplen funciones judiciales, tales actos no son jurisdiccionales:

Una lectura sistemática de la Constitución apunta a que todo acto de intervención severa en los derechos fundamentales (i.e. interceptaciones telefónicas, allanamientos y búsquedas selectivas en bases de datos) debe ser decretado **por una autoridad judicial y no administrativa, como es el caso de la Fiscalía General de la Nación, y posteriormente, revisada su validez por un juez de control de garantías**. Lo anterior, con independencia de que se trate de un proceso de naturaleza real, como es aquel de extinción de dominio."

En la misma providencia judicial la Corte sostuvo:

Si bien los actos investigativos que realiza la Fiscalía General de la Nación, que comportan restricción de derechos fundamentales (i.e. allanamientos, interceptaciones telefónicas y búsquedas selectivas en bases de datos), cumplen con los requerimientos de los artículos 15 y 28 Superiores, **en la medida en que su práctica es ordenada por una "autoridad judicial" (art. 116 Superiores), razones vinculadas con los postulados filosóficos del Estado de Derecho y la estructura de un sistema penal acusatorio, implican que tales decisiones sean posteriormente controladas por un juez, es decir, por un funcionario investido de la**

jurisdicción, cuya labor se encuentra amparada por la garantía constitucional de la autonomía judicial.

Para la Sala, el lugar político, cultural, estructural e institucional del juez dentro del Estado Social de Derecho es esencial para su existencia y eficacia, pues este Estado se define por estar fundado en la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad (Art. 1 CP) y en la carta de derechos fundamentales y constitucionales (Art. 11-82 CP), con mecanismos de protección y sistema de controles judiciales que permiten que las libertades y derechos tengan la efectividad y eficacia real o material (Art. 30, 85-90 CP).

Históricamente, el sometimiento del poder al derecho es lo que produjo el Estado de Derecho. La relación complementaria entre uno y otro no solo es formal sino material, ya que sirve de parámetro de validez y eficacia de lo ordenado y decidido por las autoridades, como de conformidad y efectividad de las decisiones concretas y particulares de dichas autoridades con los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política²⁰. Por lo tanto, todo acto y decisión de la autoridad política solamente puede ser válido si respecta esta doble dimensión.

Ahora bien, para que los anteriores postulados tengan eficacia real en el mundo de los derechos de las personas, es condición necesaria que el juez sea el que tenga la última y definitiva palabra sobre los derechos, pues si bien la primera y provisional palabra la tienen las demás autoridades²¹, solamente quien sea investido con el carácter jurisdiccional o la jurisdicción, es al que se le atribuye el poder de "dar el derecho", pero asimismo adquiere dicha naturaleza o talante quien esté investido con las garantías de la independencia judicial²², tanto en el ámbito de lo estructural, funcional y personal²³. Entonces, la independencia judicial es un derecho fundamental que se predica del justiciable o de la persona y no un privilegio del juez.

Por eso es tan importante tener clara la diferencia entre autoridades que tienen funciones judiciales y el juez a quien se le atribuye la función jurisdiccional, pues "la jurisdicción se erige en una función pública esencial para toda democracia constitucional, en la medida en que está llamada a ejercer el "poder de anulabilidad" sobre todo acto que configure una inobservancia de las disposiciones constitucionales, en especial, aquellas sobre derechos fundamentales. Dicho poder, a su vez, se compone de dos elementos: (i) la constatación de la invalidez del acto, es decir, la verificación de una contradicción manifiesta entre aquél y la cláusula de derecho fundamental; y (ii) cesación de los efectos ilegítimos, lo cual implicará, en algunos casos, emplear la cláusula de exclusión (exclusionary rule).

"Así las cosas, la garantía de los derechos fundamentales, en un Estado de Derecho, dependerá de que el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, diseñe

²⁰ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo I, Teoría del derecho, Madrid, Edit. Trotta, 2011, p. 461. Sobre estado de derecho y legalidad ver. López, Henrik. Principio de legalidad, debido proceso y confianza legítima. En. Alviar García, Helena (Coordinadora). MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Ediciones Uniandes-Temis. Bogotá, 2009. 273, p. 16-92

²¹ Santofimio, Jaime Orlando. "Tratado de Derecho Administrativo". T. I. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. pp.

²² Corte Constitucional. Sentencias C-244 de 2013, C-285 de 2016, F.J. 6.2.2.3. y T-373 de 2016, F.J. 98. Artículos 2º, 113, 228 y 230 de la Constitución, en concordancia con el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos –DUDH–, el artículo 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– y el artículo 8-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH.

²³ El principio de autonomía e independencia judicial está reconocido en instrumentos de derecho internacional en materia de derechos humanos y de Administración de Justicia, la Corte Constitucional en sentencias C-565 y C-674 de 2017 hizo un recuento preciso de los mecanismos de protección universal y regional a los que se extiende la garantía de este principio.

controles *judiciales efectivos* sobre las medidas de intervención en los derechos fundamentales”²⁴.

Nada más contrario a los derechos y libertades si no la falta de jueces independientes y de mecanismos judiciales efectivos y oportunos sobre los actos y decisiones que adopten las autoridades públicas que afecten los derechos fundamentales. Por lo tanto, el Estado Social de Derecho hoy debe pensarse y materializarse a partir de la concepción pluralista y participativa de los DERECHOS, pues se requiere incluir la nueva narrativa del constitucionalismo humanista, solidario, plural, complejo, global, ecológico, colaborativo, con instituciones fuertes, confiables, consistentes que respondan y resistan los embates y retos de la democracia del siglo XXI²⁵.

4.4. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Conforme a la Ley 55 de 1990, le corresponde al Departamento Administrativo de Presidencia de la República asistir al presidente de la República, en el ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y prestarle el apoyo administrativo y los demás servicios necesarios para dicho fin.

Dentro de sus funciones se establecieron los siguientes:

Artículo 2º. En desarrollo del objetivo de que trata el artículo anterior, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, de acuerdo con el Presidente de la República, organizará, dirigirá y coordinará las actividades necesarias para asistirlo en el ejercicio de todas sus facultades constitucionales y legales, para lo cual ejercerá en especial, las siguientes funciones:

a) Organizar, dirigir, coordinar y realizar directamente, si fuere el caso, las actividades necesarias que demande el Presidente de la República, para el ejercicio de las facultades constitucionales que le corresponde ejercer, en relación con el Congreso y con la administración de justicia, de conformidad con los artículos 118 y 119 de la Constitución Política, sin perjuicio del apoyo que al efecto corresponde brindar a los Ministerios respectivos;

b) Organizar, asistir y coordinar, las actividades necesarias que demande el Presidente de la República, para el ejercicio de las facultades constitucionales que le corresponde ejercer, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, de conformidad con el artículo 120 de la Constitución Política y disponer lo necesario según sus instrucciones, para la eficiente y armónica acción del Gobierno, representándolo, cuando así se demande, en la orientación y coordinación de la administración pública, y de sus inmediatos colaboradores en la acción de gobierno, sin perjuicio del apoyo que al efecto corresponda brindar a otros organismos de la administración pública;

²⁴ Corte Constitucional sentencia C-516-2015

²⁵ Revisar Mounk, Yascha. El pueblo contra la democracia. Paidós, Bogotá, 2018. Innerarity, Daniel. Una teoría de la democracia compleja. Galxia Gutenberg, Barcelona, 2020. Brennan, Jason. Contra la democracia, Deusto, Barcelona, 2018.

c) Hacer las veces de Secretaría Ejecutiva con los Consejos, Comités o demás organismos de consulta, asesoría, coordinación o apoyo que dependan directamente del despacho presidencial, salvo cuando dicha responsabilidad esté asignada a otra autoridad administrativa;

d) Divulgar los actos del Gobierno Nacional y coordinar lo referente a una adecuada difusión de la gestión gubernamental;

e) Apoyar al Presidente de la República en los diagnósticos, estudios, análisis y demás actividades que contribuyan a la formación de criterios, conceptos o formulaciones que éste desee definir, sin perjuicio de las atribuciones que en cada sector de la administración pública correspondan a otros organismos;

f) Apoyar al Presidente de la República en el estudio de la legalidad y conveniencia de los distintos actos legales, administrativos y reglamentarios de los cuales conozca el primer mandatario;

g) Prestar el apoyo logístico y administrativo que se demande, para el ejercicio de las facultades y funciones presidenciales.

4.5.- Funciones del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 643 de 2004, el Departamento Administrativo de Seguridad, tenía como objeto primordial la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo. Se estableció que en desarrollo de su objeto, el DAS debía producir “la inteligencia que requería el Estado, como instrumento de Gobierno para la toma de decisiones y la formulación de políticas relacionadas con la seguridad interior y exterior del Estado, de conformidad con lo preceptuado en la Ley y la Constitución Política de Colombia”.

Dentro de las funciones asignadas a este Departamento²⁶ estaban:

1. Producir la Inteligencia de Estado que requiere el Gobierno Nacional y formular políticas del sector administrativo en materia de inteligencia para garantizar la seguridad nacional interna y externa del Estado colombiano.
2. Participar en el desarrollo de las políticas diseñadas por el Gobierno Nacional en materia de seguridad.
3. Obtener y procesar información en los ámbitos nacional e internacional, sobre asuntos relacionados con la seguridad nacional, con el fin de producir inteligencia de Estado, para apoyar al Presidente de la República en la formulación de políticas y la toma de decisiones.

²⁶ Decreto 643 de 2004, artículo 2.

4. Participar en la elaboración de la Agenda de Requerimientos de Inteligencia de Estado propuesta por el Presidente de la República.
5. Dirigir la actividad de inteligencia estratégica de Estado en el ámbito nacional e internacional.
6. Coordinar el intercambio de información y cooperación con otros organismos nacionales e internacionales que cumplan funciones afines.
7. Adelantar acciones de contrainteligencia tendientes a proteger los intereses del Estado, frente a actividades hostiles de origen interno o externo.
8. Realizar los estudios de seguridad y confiabilidad de los altos funcionarios del Gobierno Nacional.
9. Coordinar con el Ministerio de Relaciones Exteriores y demás instituciones del Estado la fijación de la Política Migratoria.
10. Ejercer el control migratorio de nacionales y extranjeros y llevar el registro de identificación de extranjeros.
11. Ejercer funciones de Policía Judicial, en coordinación con la Fiscalía General de la Nación, para investigaciones de carácter criminal, relacionadas con la naturaleza y finalidad institucionales.
12. Llevar los registros delictivos y de identificación nacionales, y expedir los certificados judiciales, con base en el canje interno y en los informes o avisos que deben rendir oportunamente las autoridades judiciales de la República.
13. Actuar como Oficina Central Nacional, OCN, de Interpol en el intercambio de información, asistencia recíproca, con arreglo a las prescripciones y estatutos de la misma.
14. Brindar seguridad al Presidente de la República y su familia, Vicepresidente y su familia, Ministros y ex Presidentes de la República; la información relacionada con su seguridad tiene reserva legal.
15. Formar y especializar a los funcionarios del Departamento y aspirantes, en su Academia, y a otros funcionarios del Estado, de gobiernos extranjeros u organismos multilaterales, en desarrollo de una cultura integral de inteligencia de Estado y de cooperación internacional.
16. Las demás que le asigne la ley.

Parágrafo. Para los efectos de la seguridad que deba darse a personas y dignatarios, distintas de los previstos en el numeral 14 de este artículo, que

requieran la protección del Estado, deberá concertarse la asunción de dicha función por parte de otros organismos estatales que desarrollen funciones de protección. El Departamento Administrativo de Seguridad continuará prestando tales servicios hasta que sean asumidos por otras entidades, de acuerdo con los estudios de riesgo correspondientes.

Específicamente, en materia de interceptaciones, el artículo 42 del mencionado Decreto estableció:

Artículo 42. Funciones de Policía Judicial. Para el cumplimiento de las atribuciones propias del Departamento Administrativo de Seguridad, conforme a lo previsto en este Decreto, ejercen de manera Especial funciones de Policía Judicial:

1. Director y Subdirector del Departamento, Directores y Subdirectores Seccionales, Director General Operativo, Jefe Oficina de Protección Especial, Subdirectores de la Dirección General Operativa.
2. Funcionarios Operativos que dependan de la Dirección General Operativa, los Grupos Operativos de las Seccionales a excepción de los Guardianes y Agentes Escoltas, y aquellos funcionarios que cumplan ordenes de interceptación judicial en apoyo a la Fiscalía General de la Nación.
4. Detectives que dependan de la Oficina de Protección Especial.
5. Los funcionarios técnicos y científicos de las áreas de criminalística e identificación.

4.6 Carga de la prueba.

La Corte Constitucional ha sostenido que *"La noción de carga de la prueba "onus probandi" es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que "la carga de la prueba es la obligación de "probar", de presentar la prueba o de suministrarla cuando no "el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero".*²⁷ (Negrilla fuera de texto)

Por su Parte el Consejo de Estado en Sala Plena²⁸, ha sostenido que la carga es una especie menor del deber de la necesidad de observar cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido por el sujeto. En este sentido, la aludida carga faculta, a aquél en quien recae, para realizar una conducta cuyo despliegue puede traer como consecuencia obtener una ventaja o un resultado favorable, pero si no se lleva a cabo, deber asumir la responsabilidad de las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que se presenten por esa omisión. Concluyendo así que *"(...) la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de*

²⁷ T 733 de 2013

²⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 110010315000200601308 00.

oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba —verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—.”

Bajo este panorama, es bien sabido que en la jurisdicción de lo contencioso administrativo la justicia es rogada y no de oficio, y que le corresponde al actor prima facie la carga de la prueba, (Art. 167 CGP) para demostrar los supuestos de hecho de la norma que consagra los efectos jurídicos que considera protege o garantiza sus derechos. Sin embargo, lo anterior no estipula la pasividad del juez en el proceso sino que garantiza el principio de libertad probatorio, *probationes non sunt coartandae*, que le permite al juez ocupar el lugar de un verdadero tercero en el proceso, por ello, la intervención del juez en esta materia se encuentra señalada en la propia norma que le señala ciertos deberes, como es el de dirigir el proceso para evitar su paralización y procura mayor economía procesal, garantizar la igualdad entre las partes y utilizar los poderes para decretar las pruebas de oficio, para verificar los hechos alegados por las partes (Art. 42 CGP). Sobre este último punto, la Corte Constitucional²⁹ ha sostenido que *“De todas formas, aunque la facultad oficiosa del juez administrativo para decretar pruebas sirve como medio de búsqueda de la verdad real y esclarecimiento de los hechos, no se puede pretender que se haga uso de éste poder para suplir una exacerbada negligencia de los apoderados respecto de los medios probatorios.”*

Ahora bien, el H. Consejo de Estado, ha sostenido que *“La carga de la prueba es “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”. Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes. El contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento”³⁰.*

En relación a las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de una carga procesal, la Corte Constitucional ha señalado que se constituyen en una desventaja procesal para la parte que tenía la carga, en los siguientes términos:

“A su vez las cargas procesales, son un imperativo que también emana de las normas procesales de derecho público y con ocasión del proceso, pero sólo para las partes y algunos terceros. Son del propio interés de quien las soporta, lo que

²⁹ T 599 de 2009.

³⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del treinta (30) de enero de dos mil trece (2013). Radicación 24168.

*quiere decir que sólo lo favorecen a él y no a la otra parte, como ocurre con la obligación o con el deber. Y justamente por esta razón "no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá, para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja para el mismo (y no para el otro sujeto)". Es decir que el sujeto procesal que soporta la carga, está en el campo de la libertad para cumplir o no con ella, de modo que si no lo hace no está constreñido para que se allane a cumplirla, por lo cual el no asumirla no dará lugar propiamente una sanción sino a las consecuencias jurídicas propias de su inactividad, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan*³¹.

En este orden de ideas, es claro que las partes tienen pleno conocimiento del comportamiento que deben seguir y las actuaciones que tienen que desplegar frente a la carga de la prueba, esto con el fin, de que puedan acreditar los hechos que alegan para efectos de tener una decisión favorable respecto a sus peticiones, pues de lo contrario, debe asumir las consecuencias negativas que se presenten por no allegar las pruebas que soporten sus afirmaciones.

V. CASO CONCRETO.

1. Medios de Prueba relevantes para la resolución del recurso de apelación.

En el curso del proceso fueron allegadas las siguientes pruebas, a las cuales se confiere mérito probatorio conforme a la ley y a la jurisprudencia³²:

- 1.1 Auto del 15 de julio de 2009, proferido dentro del proceso No. 12495-11 por el Fiscal 11 Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, a través del cual se resuelve admitir como parte civil al señor José del Carmen Cuesta, dentro del proceso de la referencia el cual fue producto de la ruptura de la unidad procesal del proceso No. 110016000686200900002 donde se estableció que servidores del DAS ejecutaron múltiples actos ilegales en contra de organizaciones y personas de presunta tendencia opositora frente a las políticas gubernamentales, con el fin de restringir o neutralizar su acción, denominándolos " blancos" a miembros de ONGS , periodistas, sacerdotes, políticos, Magistrados, entre otros, sin orden judicial, interceptaciones de comunicaciones telefónicas, correos electrónicos, seguimientos pasivos, consulta en bases de datos públicas y privadas entre otras actividades, causándoles lesiones de derechos y garantías fundamentales.(fls. 40 a 42 cuaderno pruebas No. 2)
- 1.2 Oficio No. 4091 1 / DAS/ DIGI UEFH del 12 de mayo de 2000, suscrito por el Jefe de la Unidad Especial de Fuentes Humanas Germán Enrique Villalba Chaves del Departamento Administrativo de Seguridad- Dirección General de Inteligencia, dirigido al señor Luis Fernando Pinzón Galindo – Jefe de división de análisis a través del cual sostiene: "De manera atenta, para su conocimiento y los fines que estime pertinentes,

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-203/11. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Magistrado Ponente Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Expediente 25.002.

- envió cuatro (4) folios que contienen información relacionada con la Fundación Simón Rodríguez”, estos folios contienen información sobre la referida Fundación, su perfil, sus relaciones educativas, realizaciones políticas y su especialidades, documento suscrito por el señor José Cuesta Novoa en calidad de director general. (fls. 43 a 47 ib.)
- 1.3** Oficio No. 011631 del 27 de mayo de 2009, suscrito por el encargado del programa de protección del Ministerio de Interior y justicia, dirigido al señor José del Carmen Cuesta Novoa- líder político del Polo Democrático Alternativo, informándose que su caso fue puesto en consideración del Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos CRER en sesión No. 8 del 19 de mayo de 2009, frente al cual se recomendó “ Asignar para su protección un esquema con vehículo corriente, sujeto al resultado del estudio técnico de nivel de riesgo y con el resultado de dicha evaluación su caso será presentado nuevamente ante el CRER, órgano que se pronunciara al respecto” (fl. 48 ib.)
- 1.4** Oficio No. 014882 del 17 de junio de 2010 suscrito por el encargado del programa de protección del Ministerio de Interior y justicia, dirigido al señor José del Carmen Cuesta Novoa, informándole lo anteriormente descrito, y adicionando que “(...) en sesión No. 12 del 27 de octubre de 2009, el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos-CRER, se presento (sic) el resultado del estudio técnico de nivel de riesgos, realizado por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, el día 29 de julio de 2009, cuyo resultado arrojó nivel extraordinario” (fl. 49 ib.)
- 1.5** Certificación del 4 de octubre de 2010, a través de la cual la presidenta del partido político Polo Democrático Alternativo, indica que el señor José Cuesta Novoa fue elegido en dos oportunidades como miembro de la Dirección nacional de este partido, y para ello relaciona las fechas. (fl. 50 ib)
- 1.6** Escrito presentado el 12 de mayo de 2009 por el Secretario General del Polo Democrático Alternativo, dirigido al Ministro del Interior y Justicia, solicitando claridad de los hechos y garantías necesarias para el ejercicio de la oposición en Colombia, esto como resultado del “ caso del profesor José Cuesta quien de manera infame viene siendo víctima de amenazas. Ahora de las interceptaciones que de forma indiscriminada tiene en seguimiento a dirigentes del Polo Democrático Alternativo y a otros sectores independientes” (fl. 51 ib.)
- 1.7** Resolución del 26 de enero de 2010 proferida por el Fiscal Once Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso No. 12495-11 procesado: José Miguel Narváez y otros, a través de la cual resolvió proferir resolución de acusación en contra de algunos ex servidores del DAS, por los delitos de concierto para delinquir agravado, violación ilícita de comunicaciones en concurso sucesivo y homogéneo, utilización ilícita de equipos de transmisiones y receptores, entre otros. (fls. 53 a 150 ib.)
- 1.8** Fallo disciplinario de única instancia del 01 de octubre de 2010 dentro del radicado No. IUS 2009-57515 IUC D 2010 4-105231, proferido por el procurador General de la Nación, siendo investigada María del Pilar Hurtado y otros donde se declara disciplinariamente responsable a algunos servidores y ex servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, por los cargos formulados en su contra el 19 de febrero de 2010, relacionados con los hechos de interceptación y seguimientos a distintas ONG, periodistas y activistas de Derechos Humanos sin el cumplimiento de requisitos legales (se encontraba a fl. 151 ib, no obstante, fue allegado de nuevo el 16 de marzo de 2017 por requerimiento del a quo debido a que el CD allegado con la demanda donde estaba esta prueba se encontraba averiado fl. 449Cp2)

- 1.9** Sentencia de segunda instancia del 7 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá a través de la cual se resolvió recurso de apelación dentro del proceso No. 11001070400621000020 07 procesado Martha Leal Llanos y otros, a través del cual se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia y se condena a José Alexander Velásquez en calidad de autor por la conducta punible de concierto para delinquir agravado, en concurso heterogéneo con violación ilícita de comunicaciones y utilización ilícita de equipos transmisores y receptores a título de coautor impropio a 105 meses de prisión, entre otras decisiones.(fls. 154 a 294 ib.)
- 1.10** Sentencia de primera instancia del 19 de marzo de 2014 proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, dentro del proceso No. 110013107006201000035-0(1269-6), siendo el procesado Carlos Alberto Arzayus, quien fue condenado por autor del delito de concierto para delinquir agravado, en concurso heterogéneo como coautor impropio de los delitos de violación ilícita de comunicaciones en concurso homogéneo y sucesivo con la utilización ilícita de equipos transmisores y receptores entre otros delitos, a la pena principal de 118.5 meses y multa de 20 SMLMV y pérdida del cargo público que ostentaba; igualmente se condena a la indemnización de daños y perjuicios a las víctimas entre otros, al señor José del Carmen Cuesta Novoa por la suma de 100 SMLMV, respecto a esta decisión en la parte motiva de esta sentencia se expone: " X DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS" " a lo largo de la etapa de instrucción, fueron admitidas las demandas de constitución en parte civil y reconocidas como tal las siguientes personas: (...) 3. José del Carmen Cuesta Nova Pretensiones: Verdad, justicia y garantía de no repetición, como indemnización por daños y perjuicios reclama la suma de 10 SMLMV. Demanda admitida mediante resolución 15 de julio de 2009, vía recurso de reposición mediante resolución del 6 de octubre de 2009 fue rechazada la demanda de constitución de parte civil." (fls. 295 a 440 anexo)
- 1.11** Versión libre del expresidente Álvaro Uribe Vélez recepcionada por la Comisión de investigación y Acusación del Congreso de la República el 18 de agosto de 2011. (fls, 116 y 117 Cp1)
- 1.12** Constancia suscrita por el presidente de la Fundación Simón Rodríguez, informando el tiempo de vinculación, cargo y funciones que desempeñaba el demandante José del Carmen Cuesta Novoa en esa fundación (fls. 139 y 140 CP1)
- 1.13** Acta 08 del 19 de mayo de 2009 de la Dirección de derechos humanos – programa de protección a ONG S/ Dirigentes Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos CRER del Ministerio del Interior y Justicia, a través de la cual se aborda el estudio del riesgo del señor José Carmen Cuesta Novoa y se imparten las recomendaciones respectivas, reasignando el esquema de protección. (fls. 154 a 156 Cp1)
- 1.14** Acta 12 del 27 de octubre de 2009 de la Dirección de derechos humanos – programa de protección a ONG S/ Dirigentes Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos CRER del Ministerio del Interior y Justicia, a través de la cual se aborda el estudio del riesgo del señor José Carmen Cuesta Novoa y se imparten las recomendaciones respectivas, reasignando el esquema de protección. (fls. 157 a 159 Cp1)
- 1.15** Oficio No. 24237 del 31 de mayo de 2013, suscrito por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en proceso de supresión, informando que el señor Iván Darío Ramírez tuvo un vínculo contractual con esta entidad de prestación de servicio No. 01 de 2006, teniendo como objeto el

asesoramiento permanente e integral en inteligencia, contrainteligencia, defensa y seguridad, entre otras funciones, del Fondo de esa entidad; como término pactado era hasta el 31 de diciembre de 2006. (fls. 177 y 178 Cp1)

- 1.16** Diligencia de interrogatorio de parte al señor José del Carmen Cuesta Novoa realizada el 18 de febrero de 2014, a través del cual expone que sobre sus cargos desempeñados dentro del Polo Democrático Alternativo; refiere a que fue candidato al Concejo de Bogotá y a la Cámara de representantes; indica sus actividades como dirigente social, en donde describe sus reuniones con el Presidente de Venezuela Hugo Chávez, los documentos que posee la Fiscalía sobre sus chuzadas por ser " blanco especial de seguimiento", sobre su declaración en contra del General Iván Ramírez lo cual disparó las amenazas contra su vida, su desaparición forzada, sobre la renuncia al programa de protección que le ofreció la Fiscalía; sobre la llamada que le hizo la coordinadora del CTI para que incremente sus medidas de autoprotección porque ha descubierto un plan desestabilizador hasta tal grado de sofisticación que han alquilado una oficina en el mismo lugar donde él tenía una con el señor Petro; refiere al reconocimiento por parte de la Fiscalía como parte civil en el proceso de investigación penal contra las chuzadas, de ahí aparece un señor Germán que oficia como jefe del grupo del DAS quien ordena a sus subalternos hacer seguimiento por todos los medios al "terrorista" José Cuesta; indica que las amenazas dentro de los años 2008 y 2009 fueron a través de llamadas telefónicas, mensajes de texto, con teléfonos identificados que fueron aportados al programa de protección de testigos por lo que a partir de esas valoraciones ordenaron su inclusión al programa de protección de testigos; señala que fue objeto de protección a raíz de las amenazas de Carlos Castaño en los años 1999 y 2003, a raíz de ello la primera fase del esquema de seguridad consistió en su asistencia a unas charlas de funcionarios del Das, donde le indicaban técnicas para saber si su teléfono estaba siendo chuzado, verificando que esta situación ocurrió entre 2008 y 2009; precisa que las amenazas fueron " tan duras entre 200 y 2002" que el Ministro de Defensa ordenó que se le otorgara un esquema de protección, siendo el nivel de riesgo superior alto, igualmente manifiesta sobre la concesión de refugio a su núcleo familiar en Noruega, sobre el atentado que Castaño tenía planeado contra él y Erazo, y su reclusión en la guarnición de Policía por más o menos un mes debido a esta situación. Finalmente refiere a las nuevas amenazas de que es víctima. (fls. 198 a 203 Cp1)
- 1.17** Copia de los fallos de primera y segunda instancia radicado No. IUC D 2010-4 261613 proferidos dentro del proceso verbal disciplinario que se adelantó contra exfuncionarios del DAS, por interceptaciones y seguimiento ilegal a personas y organizaciones siendo sancionados disciplinariamente por estos hechos. (fls. 291 a 366 Cp2)
- 1.18** Testimonio del señor José Darío Salazar que profesión psicólogo y periodista, quien refiere que la señora Piedad Lucia Ramírez una de las demandantes acude a su oficina en el año 2007, para hacer un acompañamiento a una situación de estrés que vivió dentro de su familia, según ella por amenazas permanentes recibidas por su esposo José Cuesta, alterándose su sueño, teniendo constante temor, miedo de lo que le pueda suceder con sus hijos, con ella y con su esposo, entre otras situaciones desequilibrantes; indica que desconoce de donde provenían las amenazas, pero que al parecer eran por llamadas telefónicas; y finalmente refiere al tratamiento y recomendaciones que le dio a esta paciente. (fls. 6 y 7 Cuaderno pruebas No. 2)
- 1.19** Testimonio del señor Pedro Alejandro Ochoa Camargo, quien refiere ser amigo de los

demandantes, que tenían una oficina donde recibían llamadas y eran amenazados, luego se enteraron de que les estaban haciendo seguimiento desde el mismo edificio por intermedio del DAS, según lo que le comentó el accionante a este testigo; hace referencia a la protección que se le brindó al señor José Cuesta; y a la publicación de revista semana; y precisa sobre las amenazas. (fls. 9 y 10 ib.)

1.20 Testimonio del señor José Luis Vásquez quien indica que conoce a los demandantes hace más de 15 años por el proceso social a través de las organizaciones como le Polo Democrático; refiere a la zozobra y angustia que vivía el señor José Cuesta desde el año 2000, lo cual trascendía a su vida familiar, pero él no sabía la causa de este actuar; señala que conoció de las Chuzadas del DAS a raíz de las publicaciones de medios por caracol y RCN, pero en esos medios no escuchó una lista de quienes eran los líderes de las organizaciones sociales afectados con ellos. (fls. 11 y 12 ib)

1.21 Resolución del 6 de octubre de 2009, proferida por la Fiscal 11 delegada ante la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso con radicado No.12495-11 procesado Carlos Alberto Arzayuz, donde resuelve reponer la decisión del 15 de julio de 2009, y por ende rechazar la demanda de parte civil instaurada por el apoderado del señor José del Carmen Cuesta Novoa, dentro de la parte motiva se sostuvo:

“(...)4. José del Carmen Cuesta Novoa

(...) la defensora de Varela Cantor adujo como sustento del recurso de reposición en el caso del reconocimiento de Cuesta Novoa, que no se relataron debidamente los hechos, pues en la demanda de parte civil el apoderado únicamente se refirió a las publicaciones de algunos medios de comunicación.

Sobre este punto, para la Fiscalía el referir en la demanda algunas publicaciones de cadenas de noticias y revistas no constituye motivo válido para inadmitir por ausencia de requisitos formales, o rechazar por no acreditar la condición de perjudicado directo una pretensión de constituirse en parte civil de conformidad con el artículo 51 y 52 de la Ley 600 de 2000.

No obstante en este evento, se aludió en la demanda a hechos ajenos al objeto de la presente actuación tales como supuestas irregularidades en el uso del polígrafo y otras conductas perpetradas en relación con miembros y organizaciones ajenas al solicitante, para concluir que como se mencionó en una de las publicaciones a una persona de nombre José Cuesta, el peticionario ostentaba la calidad de perjudicado y consecuentemente legitimidad para instalar acción civil.

Al respecto, de las revisiones de las AZs puestas a disposición de este despacho, únicamente se observa la mención de José Cuestas Nova, entre una lista de personas relacionados con la actividad del Polo Democrático y el PCC, con el siguiente comentario: “al parecer de profesional ambientalista y asiste a reuniones del PCC”

Para esta Fiscalía en realidad no se acreditó ni se evidencia de la actuación adelantada hasta el momento la condición de perjudicado directo de José del Carmen Cuesta Novoa, pues no basta la simple mención como ocurren en su caso en una lista de integrantes del partido político de la oposición para que se acceda a las pretensiones de constituirse en parte civil, pues se requiere la acreditación de circunstancias que sustenten la relación de causalidad entre el delito investigado y los perjuicios causados a determinada persona natural o jurídica o el seguimiento del derecho a conocer la verdad obtener pronta y cumplida justicia(...)" Negrilla fuera de texto. (fls. 456 a 467 Cp2)

2. Precisiones del caso.

Saneamiento: Se tiene que la parte actora en su interposición del recurso de apelación presentado el 9 de octubre de 2018, solicita que i) se ordene la inspección judicial a las AZS puestas a disposición de la Fiscalía General de la Nación para verificar lo que realmente está descrito allí, y ii) solicita que se oficie a la doctora Ángela María Buitrago para que allegue copia de las diligencias y probanzas relacionadas con el espionaje que se le estaba realizando de forma ilegal al aquí demandante (fls. 498 a 513 Cp4)

Sobre este punto, se encuentra que con auto del 2 de abril de 2019 se corrió traslado a las partes para alegatos finales, y al Agente del Ministerio Público para rendir concepto (fls. 520 y 522 Cp4) sin embargo, no hubo pronunciamiento sobre las pruebas solicitadas por la parte actora en segunda instancia con el recurso de apelación.

Ahora, la parte actora presentó alegatos finales el 11 de abril de 2019, (fls. 523 a 531 Cp4) sin advertir la nulidad relacionada con: "Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión" en este orden de ideas, conforme a lo dispuesto en el artículo 144 del CPC hoy 136 del CGP, y en vista que la parte afectada cuando podía alegar la referida causal de nulidad no lo hizo oportunamente, es decir, actuó sin proponerla, la misma fue saneada.

No obstante, si en gracia de discusión, se entrara a resolver la práctica de estas pruebas en segunda instancia, las mismas resultarían improcedentes dado que no se encuentran incursas en ninguno de los casos contemplados en el artículo 214 del CCA, pues i) no fueron decretadas en primera instancia tal como se verifica en el auto de pruebas de fecha 11 de abril de 2012 (fls.86 a 90 Cp1) junto al auto del 24 de junio de 2016 que negó la inspección judicial por ser esta solicitud extemporánea (fls..404 vltm Cp2); ii) no se trata de hechos nuevos acaecidos después de transcurrida la oportunidad de pedir pruebas; iii) no se demuestra que estas pruebas no se hubieran podido aducirse por razones de fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria; y iv) no son pruebas para desvirtuar la causal anterior.

Del caso: Lo pretendido dentro del presente proceso es la declaratoria de responsabilidad de las entidades demandadas por los daños y perjuicios, tanto materiales como patrimoniales, morales y daño extramatrimonial ocasionados a los demandantes por las interceptaciones ilegales ordenadas por la Nación- Presidencia de la República y el Departamento Administrativo

de Seguridad (DAS), que despertaron sentimientos de persecución, intranquilidad, zozobra, y trastornos mentales. Luego, deben probarse las interceptaciones ilegales.

El *a quo* negó las pretensiones de la demanda considerando que respecto al elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado es que efectivamente sí se produjeron actos delictivos por parte de los servidores del DAS y que han sido objeto de condena y de sanción disciplinaria, no obstante, no está acreditado que el accionante haya sido víctima de alguna de tales conductas, no demostrándose de este modo un hecho dañoso que se concrete en la persona y los derechos de la parte demandante.

La parte actora, presentó recurso de apelación sosteniendo que el *a quo* no valoró en debida forma las pruebas allegadas al expediente, junto al interrogatorio de parte realizado a la víctima directa, con lo cual se demuestra la responsabilidad del Estado por los hechos expuestos en la demanda.

Teniendo en cuenta las posiciones jurídicas antes señaladas, y el tema de prueba que convoca el presente pronunciamiento, la Sala entra a estudiar lo discutido en el recurso de apelación.

3. Análisis probatorio.

Dentro del sub lite, con los elementos materiales probatorios obrantes en el expediente para la Sala no se encuentra acreditado el hecho dañoso, es decir, que en efecto el señor José del Carmen Cuesta Novoa hubiese sido víctima de interceptaciones por parte del grupo denominado G 3 del DAS, o de acciones sistemáticas de inteligencia y seguimiento contra él o su núcleo familiar, no compartiendo de esta forma los argumentos expuestos en el recurso de apelación por las razones que se pasaran a explicar.

Revisada la sentencia de primera instancia, se encuentra que en la misma no se valora en el caso en concreto el interrogatorio de parte³³ el pluricitado oficio No. 4091-1 DAS DIGI UEFH del 12 de mayo de 2000, los testimonios de José Darío Salazar y Pedro Alejandro Ochoa, la sentencia de segunda instancia del 7 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá a través de la cual se resolvió recurso de apelación dentro del proceso No. 1100107040062100002007 y al oficio dirigido el 12 de mayo de 2009, por el Secretario General del Polo Democrático al doctor Fabio Valencia Ministro de Interior, no obstante, con estos elementos probatorios, valorados de forma conjunta con las demás pruebas obrantes en el expediente (art. 187 CPC hoy 176 CGP), no se logra acreditar el referido hecho dañoso como lo pretende el demandante, pues veamos:

Primero, si bien es cierto el señor José del Carmen Cuesta Novoa describe en su interrogatorio de parte toda la situación vivida con las interceptaciones telefónicas, amenazas y seguimientos (1.16) dicha prueba por sí sola no es suficiente para demostrar estas situaciones fácticas, máxime cuando aquél es el demandante dentro del proceso de la referencia y tiene interés en las resultas del mismo, por lo que su dicho o afirmaciones resultan condicionadas y afectadas

³³ Se aclara que el *a quo* respecto al interrogatorio de parte no sostuvo que las respuestas por el demandante no eran claras y eran evasivas, como lo afirma el apelante en su recurso de apelación citando la página 22 de la sentencia, esto como quiera que estos reparos son de la parte demandada y no conclusiones del *a quo*.

de parcialidad, en principio, por razones obvias. Por esta razón, este medio de prueba si bien puede ser utilizado en los procesos judiciales no tiene la misma fuerza de convicción debido a que al ser parte del proceso, demandante, está interesado en que sus dichos o afirmaciones sean o presenten como verdaderas, pero habrá que señalar dos situaciones de orden procesal: la primera es que el demandante el titular del derecho fundamental del acceso a la administración de justicia que se materializa en el derecho de acción a través de las herramientas o armas que el ordenamiento legal y procesal le pone a su disposición (Art. 228 CP), es decir, el ejercicio del derecho se concreta en la demanda de reparación directa (Art. 138 CPACA); lo segundo es que siendo demandante adquiere inmediatamente deberes y obligaciones de orden legal o procesal, dentro de las cuales está la carga de probar sus dichos o afirmaciones, o los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones (Art. 167 CGP) (4.6). Por lo tanto, la parte demandante cuando es llamada en interrogatorio de parte de ninguna manera puede pensar que este medio de prueba vale por sí solo para demostrar los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones que, para el caso, demostrar las interceptaciones ilegales. Es un medio de prueba más que adquiere su fuerza demostrativo siempre que sea acompañado y confrontado con los demás medios de prueba recaudados³⁴.

Además sobre este asunto el Consejo de Estado ha señalado " (...) interrogatorio de parte es un medio probatorio que reviste una especial connotación en el curso de un proceso, en la medida en que es una prueba que se origina en la declaración de una de las partes, sobre hechos que interesan al proceso. Esta declaración, tiene origen en la respuesta a una serie de preguntas formuladas por la parte interesada en llevar a cabo el medio probatorio, **erigiéndose éste en una forma de provocar la confesión.**

De allí que, importa por eso resaltar que el interrogatorio de parte puede dar lugar a una confesión, pero no fatalmente así debe suceder pues en veces la prueba queda en el campo de declaración de parte sin las consecuencias de aquella, por no implicar la aceptación de hechos perjudiciales para quien declara³⁵.³⁶

Es decir, lo que se busca con el interrogatorio de parte es llevar al interrogado a una confesión³⁷, situación que no se presenta en el sub lite, como quiera que quien realizó las preguntas en el interrogatorio de parte no fueron los apoderados de las entidades demandadas, sino el apoderado de la parte demandante.(1.16)

Entonces, este medio de prueba, si bien puede ser utilizado dentro del proceso, tiene ciertas condiciones o limitaciones para su valoración. De ninguna manera podría aceptarse como un medio autónomo para probar los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones puesto que, por una parte, el demandante al ejercer su derecho de acción como la forma de realizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (ART. 228 CP), y hacerlo mediante el medio de control respectivo, para este caso la reparación directa, adquiere el derecho de presentar una demanda (Art. 162 CPACA), en la cual puede exponer todos los hechos o dichos y fundamentos que considere pertinentes y necesarios para adquirir el

³⁴ La corte Suprema de Justicia hace referencia a una valoración de forma conjunta del interrogatorio de parte con otras pruebas allegadas al expediente. (AC7511-2017 y AC318-2018)

³⁵ Hernán Fabio López Blanco. Procedimiento Civil No3. Libro de Pruebas. Pag 121.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, providencia del diez (10) de julio de dos mil trece (2013), Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00957-01(46314)

³⁷ El régimen aplicable al sub lite al momento del Decreto de las pruebas (11 de abril de 2012) es el CPC.

reconocimiento del derecho reclamado, luego este momento depende de su interés y de su voluntad, sin embargo, por la otra, tal ejercicio de sus derechos impone cargas y deberes procesales, como es el de probar los hechos que sirven de fundamento o causa a las pretensiones (Art. 167 CGP). Por lo tanto, la declaración de parte no exime de estas cargas y deberes procesales, a tal punto que si no las cumple trae como consecuencia procesal el negar las pretensiones.

En consecuencia, cuando el apelante reclama que no se ha tenido en cuenta su interrogatorio de parte como prueba válida, parcialmente tiene razón en cuanto que es prueba válida en los procesos judiciales, pero en cuanto a que sirve para demostrar los hechos que deben ser probados a través de medios distintos como parte de la carga como demandante, esta Sala atiende a los postulados de la norma procesal y a la jurisprudencia sobre esta materia. Luego cada una de sus afirmaciones deben ser confirmadas o confrontadas con los demás medios de prueba recaudados durante el proceso.

En segundo lugar, no es cierto que el oficio No. 4091-1 DAS DIGI UEFH del 12 de mayo de 2000, ordene " (...)al Jefe de División y Análisis del DAS, señor Luis Fernando Pinzón Galindo, realizar operaciones de inteligencia en contra del aquí demandante y de la Fundación Cultural Simón Rodríguez", como lo sostiene el demandante en su recurso de apelación, pues verificada esta prueba documental sólo se encuentra que el Jefe de la Unidad Especial de Fuentes Humanas Germán Enrique Villalba Chaves del Departamento Administrativo de Seguridad-Dirección General de Inteligencia pone en conocimiento, para los fines pertinentes, al señor Luis Fernando Pinzón Galindo – Jefe de División de Análisis, información relacionada con la Fundación Simón Rodríguez, para ello se adjunta folios que contienen información sobre la referida Fundación, su perfil, sus relaciones educativas, realizaciones políticas y su especialidades, documento suscrito por el señor José Cuesta Novoa en calidad de director general (1.2), en este sentido, con esta prueba no demuestra que se estuvieran dando órdenes al interior del DAS respecto a realizar operaciones de interceptación, inteligencia, o seguimiento en contra del demandante y su núcleo familiar, como erradamente lo concluye el apelante, sino simplemente poniendo en conocimiento información de una Fundación para los fines pertinentes, para lo cual cabe precisar que la referida información está suscrita por el aquí demandante quien era el Director de esa Fundación y no obedeció a información recopilada y transcrita por los funcionarios del DAS dentro de una labor de inteligencia contraria al ordenamiento legal. Luego, interpretar "para los fines pertinentes", como una prueba directa de las interceptaciones ilegales no tiene asidero lógico por sí misma.

Respecto a los testimonios de los señores José Darío Salazar y Pedro Alejandro Ochoa (1.18 y 1.19), el primero, además de ser un testigo de oídas respecto al hecho dañoso, aquel relata que según lo dicho por su paciente desconoce de dónde provienen las amenazas, igualmente tampoco hace referencia a que la señora Piedad Lucia Ramírez, esposa del señor José Cuesta, describiera situaciones relacionadas con la interceptaciones ilegales de comunicaciones, seguimientos ilegales y/o espionaje por parte de las entidades demandadas; en cuanto al segundo testigo, si bien manifiesta sobre circunstancias de amenazas en contra del accionante y sobre la protección que se le brindó al mismo, con esta declaración no se prueba que esas amenazas hubieran sido por parte de funcionarios del extinto DAS, pues si bien refiere al seguimiento que el DAS les estaba haciendo, esto lo concluye por los cometarios del

accionante, pero no porque hubiese sido testigo directo de esta situación. En conclusión con estos testimonios tampoco se prueba el hecho dañoso.

Ahora, el apelante hace referencia que en el año 2007, la coordinadora del CTI lo llamó para decirle que tenía que incrementar sus medidas de autoprotección porque había descubierto un plan contra su vida, desde el mismo lugar donde trabajaba, no obstante, esta circunstancia fáctica no se encuentra demostrada dentro del expediente. Que si bien se demuestra que el señor José del Carmen Cuesta Novoa para el año 2009 y 2010, conforme a las consideraciones del Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos CRER del Ministerio de interior y Justicia, necesitaba esquema de protección debido al nivel de riesgo que presentaba (1.3, 1.4, 1.13 y 1.14), dichas pruebas no acreditan que el hostigamiento y amenazas que ponían en riesgo su vida y la de su familia provinieran por parte de las entidades demandadas; tampoco se demuestra que los demandantes estuvieran siendo víctimas de interceptaciones ilegales de comunicaciones, seguimientos ilegales y/o espionaje por parte de funcionarios del extinto DAS, es decir, el tipo de riesgo que puso en conocimiento el demandante ante el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos CRER del Ministerio de interior y Justicia, según las actas allegadas al expediente, es de carácter general y no específico, pues solo se expone como hechos que " MANIFIESTA QUE COMO DIRECTIVO DEL POLO DEMOCRÁTICO ALTERNATIVO -PDA Y DEFENSOR DE DDHH A TRAVÉS DE LA FUNDACIÓN CULTURAL SIMÓN RODRÍGUEZ HA SIDO OBJETO DE AMENAZAS CONTRA SU VIDA" (1.13 y 1.14), pero no hace referencia a los hechos particulares y concretos alegados en esta demanda.

Otro argumento del apelante, consiste en que los seguimientos ilegales se encuentran probados no solo con oficio 4091-1 DAS DIGI UEFH del 12 de mayo de 2000 (afirmación que ya fue desvirtuada, pues sólo podría tenerse como indicio, pero por sí solo no es prueba directa del hecho del seguimiento del demandante y su familia, más sí el interés del DAS era relacionado con la Fundación Simón Rodríguez) sino también con la versión rendida por otro miembro del grupo ilegal G 3 del DAS señor Jorge Armando Rubiano subdirector de contrainteligencia en esa época, ante la Fiscalía 11 delegada ante la Corte Suprema de Justicia, no obstante dicha prueba no se encuentra dentro del expediente, pues no fue allegado al plenario el proceso penal adelantado contra este exfuncionario.

Entonces, lo que sí encuentra demostrado dentro del plenario es que efectivamente funcionarios y exfuncionarios del extinto DAS se encontraban realizando actuaciones ilegales relacionadas con la interceptaciones y seguimientos a determinadas personas u organizaciones³⁸, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley, razón por la cual éstos fueron sancionados disciplinaria y penalmente (1.8, 1.9, 1.17), sin embargo, no se logra probar dentro del expediente es que el aquí demandante José del Carmen Cuesta Novoa junto a su familia hubiesen sido víctima de estos hechos, pues si bien es cierto obra auto del 15 de julio de 2009, proferido dentro del proceso No. 12495-11 por el Fiscal 11 Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, a través del cual se resuelve admitir como parte civil al señor José del Carmen Cuesta (1.1), también lo es, que esta decisión fue revocada con resolución del 6 de octubre de 2009, proferida por la Fiscal 11 delegada ante la Corte Suprema de Justicia

³⁸ Ver sentencias del diecinueve (19) de febrero de dos mil veinte (2020), radicado No. 25000-23-26-000-2012-00839-00, demandante Gustavo Petro Urrego y sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil veinte (2020) radicado No. 25000-23-26-000-2012-00198-00 demandante: Claudia Julieta Duque Orrego Y Otros del Magistrado Ponente JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

dentro del mismo proceso, al considerar que no se acreditó ni se evidencia la condición de perjudicado directo del aquí demandante, pues no es suficiente la simple mención en una lista de integrantes del partido político de la oposición (Azs) para que se acceda a las pretensiones de constituirse en parte civil, ya que se requiere la acreditación de circunstancias que sustenten la relación de causalidad entre el delito investigado y los perjuicios causados a determinada persona o el seguimiento del derecho a conocer la verdad obtener pronta y cumplida justicia (1.21), en este sentido, tampoco se encuentra demostrada la calidad de víctima del accionante dentro del proceso penal, lo cual hubiese contribuido a acreditar el hecho dañoso.

Ahora, pese a que obra sentencia de primera instancia del 19 de marzo de 2014 proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, dentro del proceso No. 110013107006201000035-0(1269-6), siendo el procesado Carlos Alberto Arzayus, quien fue condenado por autor del delito de concierto para delinquir agravado, en concurso heterogéneo como coautor impropio de los delitos de violación ilícita de comunicaciones en concurso homogéneo y sucesivo con la utilización ilícita de equipos transmisores y receptores entre otros delitos y se condena a la indemnización de daños y perjuicios a las víctimas entre otros, al señor José del Carmen Cuesta Novoa por la suma de 100 SMLMV(1.10) no se puede pasar por alto que, primero, esta sentencia en su parte motiva respecto al aquí demandante resulta ser contradictoria pues la misma refiere que frente aquél pese a ser admitido como víctima en un principio con resolución 15 de julio de 2009, esta decisión fue repuesta, y en su lugar con resolución del 6 de octubre de 2006 fue rechazada su demanda de constitución de parte civil, y segundo, no se demuestra que esta decisión hubiese quedado en firme, antes por el contrario revisada la página de la rama judicial se encuentra que la misma fue objeto de recurso de apelación donde se describe que el 4 de febrero de 2015 se profirió decisión por el Tribunal Superior de Bogotá- Penal anotando lo siguiente "MODIFICAR EL NUMERAL 5º DE LA SENTENCIA CONDENATORIA PROFERIDA EL 19 DE MARZO DE 2014 POR EL JUEZ 6º PENAL CTO ESPECIAL.. EN EL SENTIDO QUE LA CONDENAS A INDEMNIZAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS A LAS VÍCTIMAS NO COMPRENDE AL SR JOSÉ DEL C. CUESTA T6" ³⁹

Por otro lado, en cuanto a la interpretación realizada por el a quo de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de la cual resuelve el recurso de apelación dentro del proceso No. 1100107040062100002007 procesado Martha Leal Llanos y otros,(1.9) es de precisar que esta decisión en su parte resolutive no reconoce como víctima y tampoco le otorga alguna indemnización al aquí demandante en tal calidad; que si bien hace referencia al mismo dentro de su parte motiva, esto obedece es a la fecha en que el aquí accionante promovió la constitución de parte civil, pero esto no significa que hubiera sido aceptado como parte civil dentro del referido proceso penal y se le hubiera reconocido indemnización alguna.

Finalmente tampoco es de recibo que con el oficio dirigido el 12 de mayo de 2009 suscrito por el Secretario General del Polo Democrático al doctor Fabio Valencia Ministro de Interior, (1.6) se pruebe las interceptaciones presuntamente realizadas al accionante, pues son meras afirmaciones puestas en conocimiento al Ministro del Interior y justicia por parte de esta organización que hacen referencia a las nefastas condiciones de seguridad de los integrantes

³⁹<https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=XncZPpkeRZY6TYwDVwKi%2b34vSb8%3d>

de este partido en especial el " caso del profesor José Cuesta quien de manera infame viene siendo víctima de amenazas. Ahora de las interceptaciones que de forma indiscriminada tiene en seguimiento a dirigentes del Polo Democrático Alternativo y a otros sectores independientes" pero las mismas no tienen sustento o soporte probatorio alguno, tal como se ha venido sosteniendo con esta sentencia.

Así las cosas, es claro que si bien fueron recaudadas muchos medios de pruebas, ninguno de ellos de manera individual sirve de prueba directa e idónea para demostrar el hecho dañoso de las interceptaciones, mas sí pueden tener el carácter de indicios pero que analizados en conjunto y bajo el criterio de la sana crítica, tampoco sirve para dar certeza de la existencia del hecho dañoso. Es decir, la parte actora no logró demostrar el hecho dañoso dentro del sub lite, carga que le correspondía conforme a lo dispuesto en el artículo 177 CPC hoy 167 CGP, pues no arrimó al proceso pruebas que demostraran las interceptaciones por parte del grupo denominado G 3 del DAS, o de acciones sistemáticas de inteligencia y seguimiento contra él o su núcleo familiar, como lo hubiera podido ser, por ejemplo, entre otros medios de prueba, documentos suscritos por los funcionarios del ex DAS donde se pusieran a disposición interceptaciones realizadas al demandante, pruebas recaudadas dentro del proceso penal adelantado en contra de los exfuncionarios del DAS donde hiciera referencia a las interceptaciones y seguimientos realizados al aquí demandante, información reportada por el servidor de DAS que comprendiera sus actividades diarias, fotografías, información familiar, descripción de la seguridad, hallazgos consignados en el Servidor Goni Dell Power del DAS donde se evidenciara información de inteligencia frente a este demandante, como de su análisis de seguridad⁴⁰, o las referidas AZ incautadas por la Fiscalía y que fueron solicitadas extemporáneamente como pruebas dentro del recurso de apelación presentado por la parte actora, en fin, medios de prueba que demostraran la situación fáctica alegada.

En fin, el demandante en su escrito de apelación no se ocupa de manera particular y concreta de analizar cada una de las pruebas en cuanto a su contenido y validez, sino que lo hace de manera general, y perdió de vista su pertinencia en cuanto a que se trataba de demostrar los hechos constitutivos del daño antijurídico consistente en la interceptación, es decir, las circunstancias de modo, tiempo y lugar como ocurrió el hecho dañino, pues el oficio No. 4091-1 DAS DIGI UEFH del 12 de mayo de 2000, es un indicio, sin duda, pero no suficiente; el interrogatorio de parte que es analizado de manera amplia en el recurso de apelación (fls. 499 a 505 C4), no puede perderse de vista que no sirve de para demostrar los hechos que son objeto de carga de la prueba por el demandante, máxime cuando no se dio los presupuestos para la confesión; los testimonios de los señores José Darío Salazar y Pedro Alejandro Ochoa también dan información pero indirecta dado que son testigos de oídas; los procesos judiciales a los que hace alusión, en el proceso No. 1100107040062100002007 procesado Martha Leal Llanos y otros, no se refiere al demandante como víctima ni le otorga tal calidad, y en el proceso No. 110013107006201000035-0(1269-6), siendo el procesado Carlos Alberto Arzayus, pese a que lo reconoce como víctima en la parte resolutive de la sentencia, esta decisión no se encuentra en firme y conforme al sistema de la Rama Judicial, fue revocada por el Superior en lo que refiere al reconocimiento como víctima al demandante; los riesgos por los cuales la CRER

⁴⁰ En sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil veinte (2020), radicado No. 25000-23-26-000-2012-00839-00, Magistrado Ponente JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA, se demostró el hecho dañoso con estas pruebas, entre otras.

implemento medidas refieren a amenazas de forma general contra la vida del demandante, pero no relacionan los riesgos aducidos en esta demanda en cuanto a la interceptación y hostigamientos por parte de las entidades demandadas.

Así las cosas, no es de recibo el argumento del apelante respecto de que “ el daño es cierto” en el sub lite pues se demuestra con el memorando interno del DAS oficio No. 4091 -1 DAS DIGI UEFH de 12 de mayo de 2000, donde el jefe de la unidad Especial de Fuentes Humanas del DAS Germán Villalba Chávez ordena al jefe de división de análisis del DAS, señor Pinzón Galindo, realizar operaciones de inteligencia contra el señor José Cuesta Novoa y la Fundación Cultura Simón Rodríguez (fl. 509 y 510 C4) dado que realiza un análisis de la prueba de forma inconsistente, pues visto este documento, en el mismo no se ordena la realización de operaciones de inteligencia sino se pone en conocimiento, para los fines pertinentes, al señor Luis Fernando Pinzón Galindo – Jefe de División de Análisis, información relacionada con la Fundación Simón Rodríguez(1.2); además, por el simple hecho de que la persona que suscribió dicho oficio perteneciera al grupo G3 que funcionaba ilegalmente dentro del DAS, no se puede tener por acreditado que aquél con este oficio ordenara interceptaciones y hostigamientos en contra de los demandados, máxime cuando este memorial no dice esto, y no existen pruebas que soporten esta afirmación. Luego, la certeza del daño que aquí se trata de demostrar con base en ese oficio, puede servir para inferir muchas cosas, legales e ilegales, pero el hecho dañoso de la interceptación y hostigamiento en cabeza del titular de los derechos y demandante, no es suficiente. Y analizado en conjunto con los demás medios de prueba, que al parecer le sirven al demandante para configurar el daño antijurídico, y bajo los criterios de la sana crítica, como ya fue demostrado en otros casos estudiados por esta misma Sala, se llega a la misma conclusión.

Por consiguiente, no hay lugar a declarar la responsabilidad de las demandadas, dado que no se demostró el hecho dañoso endilgado por el accionante, y en consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 60 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por los argumentos que anteceden.

4. Costas Procesales.

En atención a que el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contempla la condena en costas únicamente para la parte vencida en el proceso, considera la Sala que en el presente caso no procede tal condena, al no existir prueba que la justifique.

En mérito de lo expuesto, la Subsección “C” del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

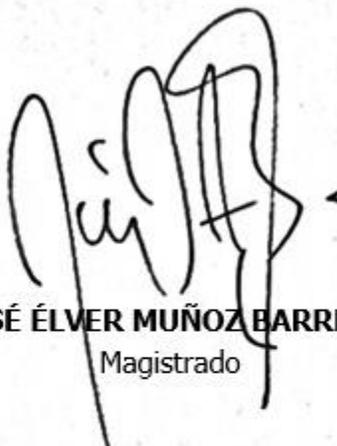
FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2018 por el Juzgado 60 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en segunda instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente a su Despacho de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado